Eigentum an öffentlichen Land- und Wasserstraßen.

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Heinrich Balß, Rechtspraktikant

aus Ludwigshafen a. Rh.

ACAD. LUGD BAT. BIBL.

München

Münchener Handelsdruckerei Hans Beck, Karlstraße 41

1907.

Referent:

Herr Professor Dr. Robert Piloty.

Meiner lieben Mutter.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

Eingang 1

I. Teil: Das römiſche Recht.

§ 1. Weſen des römiſchen Staates 5

§ 2. Die römiſchen res publicae 10

§ 3. Die viae publicae 12

§ 4. Die flumina publica 16

§ 5. Kritik der Keller-Jheringſchen Auffaſſung vom Herrſchaftsrecht des römiſchen Staates, an den öffentlichen Land- und Waſſerſtraßen und der von Eiſele aufgeſtellten Theorie eines öffentlichen Eigentums im römiſchen Recht 21

II. Teil: Das deutſche Recht.

I. Abſchnitt: Die geſchichtliche Entwicklung des Herrſchaftsrechts an den öffentlichen Land- und Waſſerſtraßen.

A) Das deutſche Recht bis zur Reception des römiſchen Rechts.

§ 6. 1.) Das genoſſenſchaftliche Eigentum 26

§ 7. 2.) Die Zurückdrängung des Geſamteigentums durch die Entwicklung der Hoheitsrechte über die öffentlichen Land- und Waſſerſtraßen 30

B) Einfluß der Reception des römiſchen Rechts und der veränderten ſtaatlichen Verhältniſſe auf die Geſtaltung des Herrſchaftsrechts an den öffentlichen Land- und Waſſerſtraßen.

§ 8. 1.) Einfluß der Reception des römiſchen Rechts . 34

§ 9. 2.) Einfluß der Entwicklung der landesherrlichen Hoheitsrechte zur Staatsgewalt 36

§ 10. 3.) Der Polizeiſtaat und ſeine Einwirkung . . . 39

II. Abſchnitt: Der moderne Staat und das Eigentum an öffentlichen Land- und Waſſerſtraßen.

§ 11. 1.) Das Weſen des modernen Staates 46

§ 12. 2.) Der heutige Begriff der öffentlichen Land- und Waſſerſtraßen 47

Seite

§ 13. 3.) Die öffentlichen Land- und Wasserstraßen als „öffentliche Sachen“ und das Wesen der „öffentlichen Sachen“ 50
§ 14. 4.) Die Eigentümer der öffentlichen Land- und Wasserstraßen 58
§ 15. 5.) Oeffentliches Eigentum an den öffentlichen Land- und Wasserstraßen.
a) Begriff und Wesen des öffentlichen Eigentums . 60
§ 16. b) Die privatrechtliche Auffassung des Herrschaftsrechts an den öffentlichen Land- und Wasserstraßen und ihr Verhältnis zur Theorie des öffentlichen Eigentums 65
§ 17. c) Die Keller-Ihering'sche Anschauung und ihr Verhältnis zur Theorie des öffentlichen Eigentums . 74
§ 18. d) Rechtfertigung der Theorie des öffentlichen Eigentums im Allgemeinen.
1.) Allgemeines 83
§ 19. 2.) Rechtfertigung mit Rücksicht auf die Begründung des Eigentums 86
§ 20. 3.) Mit Rücksicht auf die Aeußerung des Eigentums . 89
§ 21. 4.) Mit Rücksicht auf den Schutz des Eigentums . 97
§ 22. 5.) Mit Rücksicht auf die Endigung des Eigentums . 99
§ 23. 6.) Rechtfertigung der Theorie des öffentlichen Eigentums im besonderen für das Eigentum an öffentlichen Land- und Wasserstraßen.
1) Mit Rücksicht auf das Abgaberecht 103
§ 24. 2.) Rechtfertigung nach geltendem Recht mit spezieller Berücksichtigung des bayerischen Rechts. . . 108

Literaturverzeichnis.

Archiv für öffentliches Recht Bd. XVI.
Archiv für civile Praxis Bd. XXX, III, XII.
Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Obertribunals gelangt sind Bd. 25, 98, 99.
Becher: Das rechtsrheinische-bayerische Landescivilrecht und Landescivilprozeßrecht II. Bd. München 1896.
Beseler: System des deutschen Privatrechts. 4. A. Berlin 1885.
Biermann: Die öffentlichen Sachen. Gießen 1905.
Block: Dictionaire de l'administration française. Paris 1877.
Brunner: Deutsche Rechtsgeschichte 2 Bd. Leipzig 1887/1892.
„ Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. Leipzig 1901.
Blätter für administrative Praxis Bd. XX, XXII, XXIV.
Blätter für Rechtsanwendung Bd. XXVI.
Dernburg: Pandekten 5. Aufl. Berlin 1896.
„ Rechtsgutachten über den zwischen den Kantonen Basellandschaft und Basel Stadt obwaltenden Streit bezüglich der Festungswerke bei der Stadt Basel mit Rücksicht auf die Lehre von den öffentlichen Sachen. Halle 1862.
Dollmann: Die Gesetzgebung des Königreichs Bayern seit Max II. mit Erläuterungen I. Teil II Bd. Erlangen 1859.
Eisele: Ueber das Rechtsverhältnis der res publicae in publico usu nach römischem Recht. Basel 1873.
Eheberg: Finanzwissenschaft. Leipzig 1906.
Gierke: Das deutsche Genossenschaftsrecht III Bd. Berlin 1868/1881.
Gareis: Allgemeines Staatsrecht im Handbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart I. Bd. Freiburg 1887.
Gerber: System des deutschen Privatrechts. Jena 1895.
Grimm: Rechtsaltertümer 4. A. Leipzig 1899.
Hegelmaier: Grundeigentum im öffentlichen Recht. Tübinger Diss. 1891.
Hirsekorn: Ueber die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch. Berliner Diss. 1879.
Heußler: Institutionen des deutschen Privatrechts I Bd. Leipzig 1885.
Holtzendorff's Rechtslexikon. 3. Aufl.

Jhering: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. 4. Auflage. Leipzig 1888.

„ Vermischte Schriften juristischen Inhalts. Leipzig 1879.

Jellinek: System der subjektiven öffentlichen Rechte. Freiburg 1892.

„ Das Recht des modernen Staates. I Bd. Berlin 1900.

Kappeler: Der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs, entwickelt aus den Quellen des römischen Rechts. Zürich 1867.

Keller: Rechsgutachten die Baseler Festungswerke betreffend. Berlin 1861.

Kisch: Elsaß-Lothringisches Landesprivatrecht. II. Erg.-Band zu: Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preußens von Dernburg. Halle 1905.

Kahr: Die bayerische Gemeindeordnung d. d. Rh. München 1896/98.

Laband: Das Staatsrecht des deutschen Reiches. 3. Aufl. Freiburg und Leipzig 1895.

Loening: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Leipzig 1884.

Lindner: Erläuterungen zur bayerischen Gemeindeordnung. München 1901.

Mayer Otto: Deutsches Verwaltungsrecht 2 Bd. Leipzig 1895/1896.

„ „ Theorie des französischen Verwaltungsrechts. Straßburg 1886.

„ „ Schiffahrtsabgaben. Tübingen 1907.

Meyer Georg: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Leipzig 1893/94.

Mühlenbruch: Lehrbuch des Pandektenrechts. Halle 1844.

Mommsen: Römisches Staatsrecht 9. Auflage. Leipzig 1887.

Matt: Rückwirkung des B.-G.-B. für das deutsche Reich auf das Landesverwaltungsrecht. Speyer 1900.

Müller: Das Flußwasser steht im Eigentum. Erlanger Diss. 1899.

Oertmann: Bayerisches Landesprivatrecht I. Erg.-Band zu: Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preußens von Dernburg.

Piloty: Das Recht der Schiffahrtsabgaben in Deutschland. Tübingen 1907.

Plank: Commentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1901.

Proud'hon: Traité du domaine public. Paris 1834.

Pözl: Wasserrecht siehe: Dollmann.

Regelsberger: Pandekten I. Leipzig 1893.

Rosenfeld: Das Wesen des Rechts auf Gemeingebrauch an öffentlichen Flüssen und Wegen nach heutigem gemeinen und Partikularrecht. Rostocker Diss. 1899.

Roth: Bayerisches Civilrecht 2. Aufl. Tübingen 1881/1898.

Schenkel: Das badische Wasserrecht 2 Aufl. 1902.

Schröder: Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte 3. Auflage. Leipzig 1898.

Siegel: Deutsche Rechtsgeschichte 3. Aufl. Berlin 1895.

Sohm: Institutionen 11. Aufl. Leipzig 1903.

v. Stengel: Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Freiburg 1889.

v. Stengel: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Freiburg 1886.

Seydel: Bayerisches Staatsrecht 2. Aufl. Freiburg i. B. u. Leipzig 1896.

v. Stein: Handbuch der Verwaltungslehre 3. Aufl. Stuttgart 1888.

v. Stein: Lehrbuch der Finanzwissenschaft 4. Aufl. Leipzig 1878.

Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts. Berlin 1893.

Sirey Jean: les codes annotés, tome premier. Paris 1901.

Thiele: Das Wesen des Gemeingebrauchs an den res privatae unter besonderer Berücksichtigung seines Verhältnisses zu Servituten, nach gemeinem Recht. Erlanger Diss. 1898.

Ubbelohde: Glücks-Commentar, Serie der Bücher 43, 44 H. IV. Erlangen 1892.

Waitz: Deutsche Verfassungsgeschichte IV. Bd. Die Verfassung des fränkischen Reiches. Berlin 1885.

Wappäus: Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen, nach römischem und heutigem Recht. Göttingen 1867.

Weiske: Rechtslexikon Bd. XIV.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507204_0092

Eingang.

Eigentum ist die rechtliche, ausschließliche Macht oder Herrschaft einer Person über eine Sache, derzufolge der Eigentümer, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und Andere von jeder Einwirkung ausschließen kann. Vorausgesetzt ist dabei immer eine Sache, welche einer solchen ausschließlichen Verfügung fähig ist.

Die Regel ist ja die Verkehrsfähigkeit der Sachen, es gibt aber auch Sachen, die dem Verkehr entzogen sein können entweder von Natur aus oder kraft Gesetzes, solange eine ihnen beigelegte Eigenschaft dauert. Die von Natur aus verkehrsunfähigen Sachen können weder im Besitz noch im Eigentum stehen und jedes darauf bezügliche Rechtsgeschäft ist nichtig. Dazu gehören die Luft, das Meer, die fließende Wasserwelle. Daneben stehen dann die vom Verkehr ausgeschlossenen Sachen, welche auf die Dauer ihrer Bestimmung Gegenstand des Privatverkehrs nicht sein können und daher weder freiwillig noch zwangsweise veräußert werden dürfen, auch zur Begründung dinglicher Privatrechte nicht dienen können. Hierher sind zu zählen die öffentlichen Sachen, wozu beispielsweise die Land- und Wasserstraßen gehören.

Welcher Art ist nun an dieser letzteren Kategorie von Sachen das Herrschaftsrecht des Staates und der Gemeinden? Kann es Eigentum sein?

Wir finden, daß die große Wichtigkeit der Wege für das öffentliche Wohl überhaupt und für den Handel und Verkehr insbesondere frühzeitig Veranlassung gegeben hat, für den Staat ein Recht der Oberherrschaft über alle im Staatsgebiet befindlichen Wege und Flüsse in Anspruch zu nehmen, welches dann in immer gesteigerter

Fortentwicklung schließlich dahin geführt hat, daß dem Staate zu Beginn des vorigen Jahrhunderts in Theorie und Praxis ein Eigentumsrecht zugeschrieben wurde.

Da kam es gelegentlich des Baseler Schanzenstreits zu einer Kontroverse, ob die allgemein herrschende Ansicht, daß dem Staate oder der Gemeinde an den öffentlichen Wegen ein wahres Eitentum, ein Privateigentum, zustehe und das gleichzeitige extra commercium esse dieser Sachen nur geschaffen sei, um das Eigentum an ihnen sicherer und unantastbarer zu stellen, nicht aber um dieses Eigentum zu negieren, richtig sei und nicht vielmehr angenommen werden müsse, daß dem Staate ein Recht a n den öffentlichen Sachen überhaupt nicht zustehe, sondern nur ein Hoheits- oder Polizeirecht, um die Sachen bei ihrer Bestimmung zu erhalten und den Einzelnen in seinem Gemeingebrauche zu schützen.

Beide Anschauungen berufen sich nun zum Nachweise ihrer Behauptungen auf die Quellen des römischen Rechts und tatsächlich finden sowohl die einen wie die anderen Belege, welche prima facie wenigstens, zu Gunsten ihrer Ansichten zu sprechen scheinen. Daraus würde aber ein offenbarer Widerspruch der Quellen des römischen Rechts zu folgern sein, was nicht anzunehmen ist. Das römische Recht kann überhaupt nicht zur Lösung der strittigen Frage o h n e w e i t e r e s f ü r d a s d e u t s c h e R e c h t herangezogen werden.

Soll das Herrschaftsrecht, das an den Wegen und Flüssen zu einer gewissen Zeit besteht, klar zu Tage treten, so ist es vor allem n o t w e n d i g , das W e s e n des Staates und der Gemeinden, denen es zusteht, zu untersuchen, namentlich daraufhin, ob der S t a a t ein ü b e r d e n V o l k s g e n o s s e n s t e h e n d e s R e c h t s s u b j e k t ist oder unter Staat nur verstanden wird d i e G e s a m t h e i t d e r V o l k s g e n o s s e n. Je nachdem bildet Eigentum und zwar im ersten Falle, soferne man nicht etwa öffentliches Eigentum annehmen kann, etwas Gegensätzliches zum Begriffe „Gemeingebrauch" und bedarf einer näheren Erörterung, während im letzteren Falle der Begriff „Gemeingebrauch" nicht als unvereinbar mit Eigentum gelten könnte, weil ja dann der Gemeingebrauch als die Ausübung des Eigentums von Seiten der Volksgenossen aufzufassen wäre. Dazu kommt ferner, daß man sich bei Beantwortung der Frage nach dem Herrschaftsrecht an den öffentlichen Land- und Wasserstraßen ein Bild

davon macht, welchen Charakter das Rechtsgut gerade zu der Zeit, welche man darstellen will, hat, denn die Rechtsgüter der Menschen unterliegen dem Wandel der Zeiten, sie ändern ihren Charakter durch den Entwicklungsgang der Kultur und mit dem Charakter eines Rechtsguts wandelt sich auch sein Recht.

Darum ist es als verfehlt zu erachten, wenn man das Recht des Staates und der Gemeinde, das heute an den öffentlichen Wegen und Flüssen besteht, in die Formen des römischen Restes einzwängen will, oder etwa gar versucht, die Frage ohne geschichtliche Entwicklung zu lösen. Will man zu einer richtigen Lösung gelangen, so muß man im Zusammenhang mit der Staats- und Verfassungsgeschichte die Entwicklung des Herrschaftsrechts von Staat und Gemeinde von Anfang an verfolgen, sowohl im römischen wie im deutschen Recht, — im römischen Recht deshalb, weil es einen solchen Einfluß auf die Gestaltung der Rechtsverhältnisse an öffentlichen Sachen gewonnen hat — sodann sind die Wandlungen darzustellen nach der Verpflanzung römischen Rechts auf deutschen Boden, endlich die Vermischung deutschen und römischen Rechts.

Ist man dann auf diesem Wege dahin gelangt, das geltende Recht vorzutragen, so wird man finden, daß für unsere Zeit weder das römische Recht, noch das ältere deutsche Recht paßt, sondern heutzutage, wo gegen früher eine schärfere Auffassung der Rechte und Pflichten des Staates herrscht und namentlich das Verhältnis zwischen Staat und Untertan in eine rechtliche Ordnung gebracht ist, eine andere Auffassung vom Herrschaftsrecht des Staates an öffentlichen Wegen und Flüssen Platz greifen muß, als früher. Heute hat sich die privatrechtliche Anschauung überlebt und ist die ganze Frage dem öffentlichen Recht zuzuweisen. Nicht mehr das Wohl des Fürsten, sondern das Wohl der Gesamtheit bestimmt jetzt den Inhalt jenes Herrschaftsrechts. Dieses weißt aber dann die rechtliche Macht an den öffentlichen Land- und Wasserstraßen, auch wenn noch so lange eine Vorstellung für seinen Begriff oder ein Mittel des Privatrechts für seinen Schutz verwendet wurde, dem Gebiet des öffentlichen Rechts zu. Letzteres nachzuweisen, ist mit Hauptaufgabe dieser Arbeit.

I. Teil.

Das römische Recht.

§ 1. Wesen des römischen Staates.

Die Sätze des römischen Rechts über die Rechtsverhältnisse der res publicae in publico usu, zu denen nach der L. 1 pr. D. 43, 1 die viae publicae und flumina publica gehören, können richtig nur verstanden werden, wenn man sich zuvor ein klares Bild von dem Wesen des römischen Staates zu verschaffen sucht.

„Das römische Volk war der römische Staat," sagt Sohm.[1]) Darnach wäre auf den ersten Blick der Staat nichts von den Volksgenossen verschiedenes, nichts außer und über ihnen, wie bei uns, sondern die Volksgenossen selbst würden den Staat ausmachen. Tatsächlich fällt nun ursprünglich der römische Staat mit dem populus Romanus, der versammelten oder versammelt gedachten Summe oder Gesamtheit der römischen Bürger zusammen und wurde kein Unterschied gemacht zwischen dem populus als Einheit und dem populus als der Summe aller einzelnen cives.[2]) Das konnte indessen wie bei allen jugendlichen Völkern nur so lange dauern, als Einzel- oder Individualinteresse und Gesamtinteresse identisch waren, sobald dann der Unterschied beider Interessen sich geltend machte, konnte nicht mehr, wie dies die Folge eines solchen „Volksstaates" ist, das Recht der Gemeinde in dem allen gemeinen Recht, die öffentliche Rechtsordnung in dem gegenseitigen Rechtsverhältnis der Bürger gefunden werden, kurz, es konnte der Begriff des „publicum" nicht mehr identisch sein mit dem des „Gemeinsamen", sondern es mußte von einem höheren, dem Gemeinwohl Rechnung tragenden Standpunkt aus die Regelung des Gemeinwesens, der res publica, erfolgen.[3]) Zu dieser Erkenntnis

[1]) Sohm, Institutionen, S. 188.
[2]) Gierke III. S. 43; Jhering, Geist des röm. Rechts I. S. 177; Eisele: Seite 32; Hegelmaier S. 4.
[3]) Gierke, III. S. 43 ff.

gelangten die Römer frühzeitig und ihre Definition des öffentlichen Rechts: Jus publicum est, quod ad statum rei Romanae spectat (§ 4 Inst. 1, 1.) spricht deutlich genug den Unterschied zum Privatrecht aus, das nur den Nutzen des Einzelnen im Auge hat.

Neben diese Scheidung der Interessen, welche eine andere Auffassung von dem Begriffe Staat herbeiführte und zu einer Trennung des Volkes als der Summe der Einzelnen von dem Volk als Einheit drängte, tritt noch der Umstand hinzu, daß die Römer, die schon frühe die beiden Seiten des Rechtsgedankens, sowohl die objektive als in ganz besonderem Maße die subjektive Seite ergriffen und ausbildeten, von vornherein nach der Erkenntnis des Gegensatzes zwischen jus privatum und jus publicum und der hieraus folgenden Spaltung des gesamten Rechts in zwei von einander unabhängige Rechtssphären, für den zur Ausübung des jus publicum berufenen Volkswillen nach einem besonderen Träger verlangten.

So trat denn eine Aenderung ein, indem das römische Bewußtsein die Bürgergesamtheit als solche von der Summe der sie bildenden Einzelheiten abhob und als Trägerin eines einheitlichen und unteilbaren Allgemeinwillens auffaßte.[4]) Unser oberstes Rechtssubjekt, die Anstalt Staat, welche als selbständiges Rechtssubjekt über den Einzelnen steht und öffentlichrechtliche und privatrechtliche Rechte ausübt, ist damit für das römische Recht nicht gewonnen. Dieser Begriff entspricht überhaupt nicht den römischen Anschauungen[5]) und brachten es auch die Römer niemals zu Wort und Begriff der Staatspersönlichkeit. Der populus Romanus war vielmehr ein Verband des öffentlichen Rechts, dessen Einheit als ein von der Summe der Glieder verschiedenes Rechtssubjekt erschien, ohne allerdings jemals als Person bezeichnet oder gedacht zu werden.[6]) Die als Einheit gesetzte Volksgesamtheit blieb dem römischen Rechtsbewußtsein identisch mit dem Staat als Rechts-

[4]) Gierke III. S. 35. 44.
[5]) Sohm a. a. O. S. 184, 188. Gierke a. a. O. S. 40.
[6]) Gierke a. a. O. S. 43; Hegelmaier a. a. O. S. 4, 54. Hegelmaier sagt Seite 54: „Die römische res publ. das Gemeinwesen, entspricht unserem Begriff des Rechtssubjekts Staat nicht. Die römische res publ. ist ein objektives (!) nicht das übergeordnete Subjekt, sondern die gemeine Sache der Bürger. Wo man ein Subjekt als Träger der öffentlichen Rechte nicht entbehren konnte, erschien als solches die Personengesammtheit der Bürger, die civitas, der populus. Die res publica erforderte nicht zu ihrem Begriff die Souverenität des Gemeinwesens".

subjekt. Den besten Beweis für die Wirklichkeit dieser Auffassung und der erfolgten Trennung liefert das römische Staatsrecht, indem es alles rechtliche Wollen und Handeln des Staates einzig und allein von dem Willen des souveränen Volkes, des populus Romanus, abhängig machte, dann aber auch gerade dieses Wollen und Handeln des populus Romanus „streng an verfassungsmäßige Voraussetzungen und Formen band". (Gierke a. a. O. S. 44.) Gerade letzterer Umstand bringt aber den populus Romanus in einen Gegensatz zu der Summe der Volksgenossen. Diese Scheidung war aber auch nötig und zwar um deswillen, weil sie allein es ermöglichte, den Einzelnen als isoliertes Subjekt von der Gesamtheit zu trennen und mit der den Römern eigentümlichen Machtvollkommenheit als „privatus" auszustatten. Der Einzelne als civis Romanus dagegen war lediglich Teil des Verbandsganzen, der Gesamtheit, und hatte keinen selbständigen Anteil an den Rechten des populus Romanus, daher auch das Recht des civis Romanus, wenn er zur Mitausübung der Staatsgewalt berufen war, nicht als subjektive Befugnissphäre aufgefaßt wurde, sondern als eine aus der objektiven Ordnung fließende Ermächtigung.[7])

Da nun die zur Tätigkeit für das staatliche Verbandsganze berufenen Faktoren nie zu Organen sich entwickeln konnten, weil eben der Staat nicht als lebendiger Organismus angesehen wurde, vielmehr die römische Magistratur zur Ausübung der an sich der Bürgergesamtheit zuständigen Rechte berufen war, somit als bloße Stellvertreterin der Gesamtheit erschien,[8]) konnte auch der Principat, der ja nur im Rahmen der Magistratur zunächst handelte, die Volkssouveränität nicht berühren.[9]) Auch als endlich der Gedanke der Monarchie sich vollkommen durchgerungen hatte, blieb immer noch die Auffassung von dem „populus Romanus" als Staat. Dies war allerdings nur möglich, weil mit dem Fortfall der Comitien alle Rechte, welche einst die Volksversammlung gehabt hatte, auf den Kaiser übertragen und von diesem ausgeübt wurden. „Er ist," wie Gierke S. 49 a. a. O. ausführt, „der volle und ausschließliche Träger der abstrakten Gesamteinheit, die sichtbare Verkörperung des allgemeinen Willens, die alleinige Erscheinungsform der staatlichen Rechtssubjektivität." Erhielt damit,

[7]) Gierke a. a. O. S. 45.
[8]) Mommsen, Röm. Staatsrecht I S. 234 ff, 76 ff. Gierke a. a. O. S. 48.
[9]) Mommsen, a. a. O. II S. 749 ff. Gierke a. a. O. S. 48 ff.

was freilich nicht geleugnet werden kann, der römische Staat ein anstaltsmäßiges Gepräge, so war man aber dennoch von dem Gedanken eines staatlichen Organismus fern.

Das römische Volk als solches lebte nun nach jus publicum, es war keine Privatperson, daher war auch das öffentliche Zweckvermögen aus dem Gebiet des Privatrechts ausgeschieden, extra commercium, und ausschließlich dem öffentlichen Recht unterstellt. Wenn auch der Staat in vermögensrechtlicher Hinsicht mit den singuli in einen gegenseitigen Verkehr und Rechtsverhältnisse eintrat, wurde er dennoch nicht als privatrechtliche Person aufgefaßt, es erschien die Vermögensfähigkeit des populus Romanus durchaus als Bestandteil seines publizistischen Wesens.[10]) Die Magistrate schlossen namens des populus Romanus Rechtsgeschäfte ab, aber nicht in den Formen des jus privatum, sondern nach jus publicum, auch gab der Staat nicht wie ein Privatmann Recht, es konnte nicht der Klageweg, sondern nur der Beschwerdeweg bei den Verwaltungsbehörden beschritten werden. Sohm sagt daher mit Recht: „Der Staat war auch in seinen vermögensrechtlichen Beziehungen immer Staat, Träger der Hoheitsrechte, dem Einzelnen lediglich übergeordnet, nicht gleichgeordnet.“ [11])

Im Sinne des Privatrechts war somit der populus Romanus nicht vermögensfähig, das änderte sich jedoch in der Kaiserzeit, wo neben die pecunia populi der fiscus Caesaris trat. Je mehr nämlich der princeps die sichtbare Verkörperung des populus Romanus wird, umso mehr erlangt auch der fiscus Caesaris, der ursprünglich juristisch als Privatvermögen des princeps erschien,[12]) die Bedeutung eines dem populus Romanus gehörigen Vermögens einerseits getrennt von dem patrimonium principis, andererseits die pecunia populi in sich aufnehmend.[12]) Daher findet sich auch oft in den Quellen die Gleichstellung des fiscus mit dem aerarium.[13])

---

[10]) Sohm Inst. S. 188; Mommsen a. a. O. Bd. I S. 170; Pernice, Labeo I S. 264; Gierke a. a. O. III S. 54; Hegelmaier a. a. O. S. 20, 21, 54.

[11]) Sohm Inst. S. 189; Gierke a. a. O. III S. 58; Mommsen a. a. O. I S. 169, 175.

[12]) Gierke III S. 59; Mommsen II S. 997 ff., 1020 ff; cf. auch C 2 § 4 D. 43, 8; Hegelmaier 24, 25.

[13]) Vgl.: C 13 pr. u. § 1 D 49, 14; C 15 cod.; C 9 § 6 D 48, 13; § 14 J. 2, 6.

Trotz dieser Aenderung in seiner rechtlichen Beziehung nahm nun der Fiskus nicht die Eigenart der pecunia populi an, sondern behielt seine privatrechtlichen Konstruktion bei, welche von jetzt ab auch für das aerarium galt. Rein privatrechtlich waren freilich die vermögensrechtlichen Beziehungen des Fiskus zu den Einzelnen nach der praktischen Behandlung im positiven Recht auch jetzt noch nicht. „Der Fiskus ist vielmehr," wie Hegelmaier S. 26 des Näheren ausführt, „ein glänzendes Zeugnis für jene bannende Gewalt im römischen jus publicum, welche das ihm Gehörige ergreift und über privatrechtliche Vorstellungen und Theorien anstandslos hinweggeht." Damit trat aber in der Kaiserzeit der Staat als Vermögenssubjekt wie ein privatus, allerdings in modifizierter Weise, dem Einzelnen gegenüber und unterwarf sich den inter singulos geltenden Rechtssätzen, Geschäftsformen und Prozeßmitteln. Vergl. l. 2 § 32 D. 1 2; l. 2 u. 3, l. 10, 8; l. 2, l. 4, 12. Mit Recht sagt darum Gierke a. a. O. III, S. 59: „In derselben Zeit, in welcher der Staat als Staat immer entschiedener sich über alles Recht erhob, ordnete der Staat als Fiskus sich dem Rechte unter und begab sich, seiner Majestät entkleidet, als Privater unter die Privaten."

Was die römischen Gemeinden betrifft, so erscheint die einzelne Gemeinde als ein Glied des Staatsganzen, als ein für bestimmte Zwecke verselbständigter Staatsteil, nicht aber als ein als selbständiges Verbandsganze anerkanntes Gemeinwesen. Als Glieder des Staatsganzen sind die römischen Gemeinden darum von dem Ganzen und für das Ganze nach dessen Bild geformt. Träger des ihnen von der Staatsverwaltung zur Selbstverwaltung überwiesenen Machtkreises war auch in den Gemeinden die als Einheit gesetzte Gesamtheit, die städtische universitas. Ebenso wie im Staat trat auch bei den Gemeinden in der Kaiserzeit eine Aenderung der Verhältnisse ein, indem die Gesamtheit als solche zurücktrat und die Selbstverwaltung in die vormundschaftliche Verwaltung von Behörden und Korporationen überging.[14])

Die vermögensrechtliche Seite anlangend, so erscheinen zwar die Stadtgemeinden nach der l. 16 de v. s. 50, 16: civitates enim privatorum loco habentur, als Privatpersonen, jedoch ist nicht zu

[14]) Gierke a. a. O. III Bd. S. 66, 70, 73, 74, 75. Hegelmaier a. a. O. S. 7 ff.

leugnen, daß auch die Sachen der Stadtgemeinden — die vici tragen bei den Römern keinen selbständigen politischen Charakter und waren in dieser Beziehung den Stadtgemeinden inkorporiert, während sie in vermögensrechtlicher Beziehung eine selbständige Persönlichkeit hatten[15]) — besonders wenn sie dem dem Gemeingebrauch hingegeben waren, „res publicae" genannt werden, wenn auch, wie Ulpian betont: bona civitatis abusive publica dicta sunt (l. 15 de v. s. 50, 16), die Ausdehnung des Publizitätsbegriffes eine uneigentliche ist. Aus dieser Bezeichnung als „publica" ist aber dann zu folgern, daß auch die res publicae der Stadtgemeinden den für die res publicae geltenden Rechtssätzen unterworfen waren.[16])

§ 2. Die römischen res publicae.

Welches sind nun die Aussprüche der Quellen über die Rechtsverhältnisse der res publicae in publico usu, in Sonderheit der viae publicae und flumina publica, und wie sind sie angesichts des eben Erörterten zu verstehen?

Was zunächst den Ausdruck „res publicae" betrifft, so wird derselbe in den Quellen verschieden gebraucht. In einem weitesten Sinne spricht die l. 1 pr. de d. r. 1, 8 von den res publicae: Hae autem res, quae humani juris sunt, aut publicae aut privatae sunt; quae publicae sunt nullius in bonis esse creduntur, ipsius enim universitatis esse creduntur. l. 2 pr. eod. gibt dann an, welche Sachen „publicae" sind: Quaedam communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius. In diesem weitesten Sinne findet sich der Ausdruck res publicae selten vor.

Oefter findet sich in den Quellen die Unterscheidung der res publicae in res, quae in pecunia populi oder in patrimonio fisci sunt und in res, quae usui publico sunt. (cf. l. 6 pr.; l. 72 § 1 de contr. emt. 18, 1; l. 14 pr. de a. r. d. 41, 1; l. 2 § 4 ne quid in loco publ. 43, 8.) Diese Unterscheidung ist hier von besonderer Wichtigkeit, weil, wie wir gesehen haben, im Laufe der Zeit die

[15]) Puchta Inst. § 191 Bd. 2; Hirsekorn, über die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch S. 6; Kappeler, Der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs, S. 3, 4.

[16]) Vgl. Hirsekorn a. a. O. S. 6; Kappeler a. a. O. S. 3, 4; besonders l. 4 § 7 D. 48, 13, wonach das nur an pecunia publica mögliche crimen peculatus auch an res civitatis begangen werden kann.

pecunia populi allmählich in dem fiscus Caesaris aufging, dessen Rechtsstellung annahm und außer ihrer Zugehörigkeit zum Staat und der daraus folgernden Besonderheiten in rechtlicher Beziehung nichts Eigentümliches mehr an sich hatte. Diese Unterscheidung muß daher eine tiefere Bedeutung haben. Wenn Gierke a. a. O. S. 54, 55, meint, daß die erwähnte Scheidung lediglich publizistischer Art sei und in keiner Weise das in beiden Fällen gleichmäßig unter Ausschluß jedes Individualrechts begründete Eigentum der Gesamtheit berühre, so hat er damit zwar Recht, jedoch nur für die Zeit, wo eben die pecunia populi noch nicht identisch mit fiscus Caesaris war. Für die römische Kaiserzeit dagegen konnte diese Scheidung nur die Eigentumsfrage berühren und nicht bloß eine auf der öffentlichen Rechtsordnung beruhende ungleichartige Zweckbestimmtheit der Bestandteile des Volkseigentums statuieren.

Wir wissen, daß im Sinne des römischen Staatsrechts der Kaiser an Stelle der Volksversammlung stand, somit nicht bloß Beamter, sondern das oberste Stück des Gemeinwesens war, also sozusagen den populus Romanus verkörperte, wir wissen ferner, daß der fiscus allmählich entpriviatisiert wurde und den Staat, den populus Romanus in seiner Stellung als Vermögenssubjekt darstellte, konnte angesichts dieser Tatsachen die letzterwähnte Scheidung der res publicae etwas anderes bedeuten, als eben nur eine Trennung der res publicae in solche, welche die Rechtsstellung von fiskalischen Sachen haben und solche, die um ihrer besonderen Zugehörigkeit zum populus Romanus auch dessen Recht, nämlich dem jus publicum unterliegen? Die Antwort geben die Quellen, besonders l. 1 pr. D. 1, 8, welche bestimmt: quae publicae sunt nullius in bonis esse creduntur ipsius enim universitatis esse creduntur. Darnach sind die res publicae res nullius vom Standpunkte des römischen Privatrechts, sie gehören keinem, denn sie gehören der Gesamtheit, welche für das römische Privatrecht nicht existiert. Mit Kappeler (a. a. O. S. 2 ff.) wird daher auch anzunehmen sein, daß res publicae im wahren Sinne des Wortes nur die sind, welche dem usus publicus dienen und dabei in keiner Privatperson Eigentum sich befinden.[1]) Damit stimmen

[1]) Sohm, Inst. S. 295, 296; l. 2 § 2 D. 43, 8; l. 83 § 5 D. 45, 1; l. 137 § 6 eod.

auch die Quellen überein, besonders die l. 6 pr. D. 18, 1, welche die res, quae usui publico sunt, für res extra commercium erklärt.

Praktisch und faktisch ist nun die Gewalt des populus Romanus an den öffentlichen Sachen mit nichts anderem zu vergleichen als mit der des Privateigentümers an seiner Sache, daß sie aber darum Privateigentum gewesen ist, wie Dernburg, Wappäus, Kappeler und viele andere lehren, ist ebenso falsch wie die Annahme Kellers und Iherings, daß dem Staat ein Recht a n diesen Sachen überhaupt nicht zugestanden habe, sondern die im Eigentum liegenden Befugnisse vom Volk, vom Publikum, im Gemeingebrauch ausgeübt worden seien. Auch die Ansicht Eiseles, daß das Herrschaftsrecht des römischen Staates an den öffentlichen Rechten als „öffentliches Eigentum" anzusehen sei, schießt über das Ziel hinaus. Die Macht des populus Romanus an diesen Dingen konnte weder Privateigentum sein, noch viel weniger ein bloßes Hoheitsrecht. Beides ist vom römischen Standpunkt aus abzulehnen. Höchstens als „Denkform" läßt sich der „Eigentumsbegriff„ für die Macht des populus Romanus verwenden.

Zum Nachweis und zur Ergänzung des bisher Gesagten, sowie zur Widerlegung der gegnerischen Anschauungen sollen nun in Folgendem die Sätze über die viae publicae und flumina publica noch besonders ins Auge gefaßt werden.

§ 3. I. Die viae publicae.

Viam publicam eam dicimus, sagt die l. 2 § 21 ne quid in l. p. 43, 8, cuius etiam solum publicum est; non enim sicuti in privata via ita et in publica accipimus: viae privatae solum alienum est, jus tantum eundi et agendi nobis competit, viae autem publicae solum publicum est. Aus diesem letzteren Satz im Gegensatz zur Wendung: viae privatae solum alienum est, folgert Dernburg[1]) für die öffentlichen Wege Privateigentum des Staates. Dabei geht er aber, ebenso wie sein Nachfolger, von der unrichtigen Unterstellung aus, als ob von vorherein der populus Romanus als p r i v a t u s aufzufassen wäre und von allem Anfang an im römischen Recht als solcher aufgefaßt worden wäre, wo immer um v e r m ö g e n s r e c h t l i c h e Beziehungen es sich handelte. Will man den

[1]) Dernburg, Rechtsgutachten, S 12; derselbe Pandekten Bd. I, S. 163, Anm. 2; vgl. auch Windscheid I § 146; Wappäus a. a. O. S. 27.

Sinn dieser Quellenstelle überhaupt richtig verstehen, so muß, worauf schon Eisele hingewiesen hat, auf die Entstehungsgeschichte der öffentlichen Wege näher eingegangen werden. Wie bei allen durch menschlichen Willen und menschliche Zweckbestimmung geschaffenen Sachen geht auch bei den Wegen das juristische Unterscheidungsmerkmal auf die Art des Zustandekommens zurück und darum ist es irrig, mit Dernburg von vornherein anzunehmen, daß objektiv das Rechtsverhältnis der viae privatae und viae publicae gleich sei.

Der Boden zum Privatweg ist in Rom, wie dies auch heute noch der Fall ist, von den Grundeigentümern hergegeben worden und darum im Privateigentum verblieben (alienum heißt er mit Rücksicht auf die Wegberechtigten), das Recht zu gehen ist ein jus in re aliena. Anders liegt dagegen die Sache bei den viae publicae. Ihr Grund und Boden ist selbst publicum, er ist, wie die Entstehungsgeschichte der öffentlichen Wege zeigt, relictum aut directum certis finibus latitudinis ab eo qui jus publicandi habuit. (l. 2 § 21 D. 34. 8.) Der Grund und Boden ist also bei der Aufteilung an Einzelne zu öffentlichen Zwecken zurückbehalten worden, oder es ist, ehe der Weg geschaffen und dem Gemeingebrauch übergeben wurde, eine Entziehung des Grund und Bodens aus der Sphäre des Privatrechts vorangegangen (Publikation). Das Attribut „publicum" bedeutet daher weiter nichts, als daß der Boden der viae publicae wie diese selbst dem Volk als solchem gehörte; damit gehören aber seine Rechtsverhältnisse nicht dem jus privatum an, sondern dem jus publicum.[2]) Wäre, wie Dernburg meint, das Verhältnis objektiv dasselbe wie bei der via privata, dann müßte auch jedem Bürger das jus eundi zustehen. Der Gemeingebrauch ist aber, wie wir noch sehen werden, überhaupt kein Recht. Richtig ist darum an der Auffassung Dernburgs nur das, daß durch die Bezeichnung des solum als publicum eine rechtliche Bezeichnung desselben zum populus Romanus ausgedrückt wird. Diese rechtliche Beziehung ist zum Dasein einer

[2]) Hegelmaier a. a. O. S. 50 ff.; Eisele a. a. O. S. 6. 33; Gierke, Z. 55 Bd. III. erwähnt ebenfalls die publicatio und sagt ausdrücklich, daß eine Sache dadurch einem bestimmten Zweck dauernd gewidmet und deshalb dem commercium entzogen wird, wodurch die Sache eine besondere Qualität empfängt, indem Erwerbsgeschäfte über sie nichtig sind (l. 6. D. 18, 1; l. 83 § 5 und 127 § 6 D. 45, 1), eine Ersitzung unmöglich wird (l. 9 D. 43, 3) und sie den Gläubigern nicht haftet (l. 17 D. 50. 16). Wenn trotzdem Gierke dann sagt: Das Eigentum aber wird hierdurch nicht zerstört, so ist das unerfindlich, besonders nachdem er die Extracommercialität erwähnt hat.

via publica zwar unbedingt erforderlich, aber Privateigentum war deswegen für das römische Recht nicht gegeben.

Gegen diese Auffassung kann die Stelle in l. 2 § 23 D. 43, 8: Has ergo vias quae consularem excipiunt in villas vel in alias colonias ducentes putem etiam ipsas publicas esse, nicht verwendet werden. Mag auch nach der Entstehungsart etwa auf das Vorhandensein von Privateigentum geschlossen werden, so neigt hier der Jurist, unangesehen die Herstellungsart, zur Ansicht, daß auch diese Wege öffentliche seien, weil es eben bei solchen wichtigeren Verkehrswegen im öffentlichen Interesse liege, daß nicht der Einzelne über sie Gewalt habe. Doch angenommen und selbst zugegeben, diese Ansicht wäre richtig, Grund und Boden stünden also im Privateigentum, so ist immer noch nicht damit gesagt, daß die Umwandlung aus einem privaten in einen öffentlichen Weg ohne weiteres sich vollzogen hätte und ob nicht vielmehr eine pubicatio mit gleichzeitiger Entschädigung der Privateigentümer vorherzugehen oder nachzufolgen hätte.

Was die scheinbar dagegen sprechende l. 3 pr. D. 43, 7 betrifft: viae vicinales, quae ex agris privatorum collatis factae sunt, quarum memoria non exstat, publicarum viarum numero sunt, so enthält sie lediglich eine Präsumption zu Gunsten des öffentlichen Weges und kann daher nicht als Gegenbeweis geltend gemacht werden.

Als res publicae müssen nun die viae publicae folgerichtig extra commercium sein, das bringt aber die l. 6 D. 18, 1 zum Ausdruck und fügt damit unserer Folgerung den Schlußstein ein. Darnach sind also die viae publicae, weil sie mit Rücksicht auf den Gemeingebrauch dem populus Romanus als solchem gehören, vom Privatrechtsverkehr vollständig ausgeschlossen; Privatrechtsgeschäfte kann der populus Romanus als solcher bezüglich ihrer nicht abschließen, weil er überhaupt dazu unfähig ist. Dagegen läßt sich auch nicht die Tatsache verwenden, daß der Staat ein Recht hat, auf die neben dem Gemeingebrauch sich ergebenden Nutzungen, z. B. das Recht für die Ueberbauung, wenn er sie duldet, ein solarium zu erheben (l. 2 § 17 D. 43, 8) oder sein Recht auf die Hälfte eines in publico gefundenen Schatzes (l. 3 § 10 D. 49, 14; § 39 J. 2. 1.) Dadurch, daß die Herrschaft des populus Romanus eine öffentlichrechtliche ist, sind derlei Befugnisse nicht ausgeschlossen, sonst wären ja die viae publicae herrenlos.

Wappäus und Kappeler glauben nun die Ansicht Dernburgs dadurch zu retten, daß sie den Begriff einer partiellen Extracommercialität aufstellen. Auf die viae publicae angewendet, würde diese bedeuten, daß die v. p. zwar im Privateigentum ständen, privatrechtliche Rechtsgeschäfte jedoch nur abgeschlossen werden könnten, soferne sie mit dem usus publicus vereinbar wären. Diese Anschauung ist zunächst unrömisch, sodann steht sie in direktem Widerspruch mit den Tatsachen. Schloß früher der populus Romanus als solcher überhaupt Privatrechtsgeschäfte nicht ab, so sind diese auch jetzt noch, selbst nachdem der populus Romanus als fiscus in privatrechtliche Beziehungen zu den Einzelnen treten konnte, in Bezug auf die viae publicae als res extra commercium und res publicae in usu publico absolut ausgeschlossen.[3])

Die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung liegt bei den viae publicae allein im usus publicus. Die utilitas publica ist der einzige Gesichtspunkt für die Regelung der Wege, daher tritt auch im römischen Recht die Frage nach dem Recht des populus Romanus an der via publica zurück, so lange sie ihrem Zweck gewidmet bleibt. Im Vordergrund steht nur die Freiheit für den öffentlichen Verkehr. Gerade deswegen sind sie ja für res extra commercium erklärt worden.

Will man nun das Recht des populus Romanus an den v. p. in eine Denkform bringen, so bleibt, nachdem das dem römischen Bewußtsein ferngelegene, auch mit der geschichtlichen Entwicklung nicht zu vereinbarende Hoheitsrecht[4]) ausscheidet, allerdings nichts übrig, als eine Vergleichung mit privatrechtlichen Verhältnissen und zwar Privateigentum. Besonders bei den viae publicae, die ja ihrer Beschaffenheit nach wie jedes Grundstück im Privateigentum beherrschbar sind, muß der Gedanke, dem populus Romanus Privateigentum zuzuschreiben, besonders naheliegen. Das hat manchen Juristen verleitet, so auch Mommsen,[5]) wenn er das Recht der Römer, Brücken- und Wegegeld zu erheben, zwar richtig nicht als einen Ausfluß des Hoheitsrechts, wohl aber als einen Ausfluß des Grundeigentums auffaßt.

---

[3]) Wappäus a. a. O. S. 2 u. 7; Kappeler a. a. O. S. 5; Eisele a. a. O. S. 13, 14.

[4]) Siehe auch unten bei der Kritik der Keller-Jheringschen Anschauung.

[5]) Mommsen a. a. O. S. 440. A. 2.

Ist aber „Eigentum" die „Denkform" für das Recht des Staates an den viae publicae genannt worden, so ist damit über die rechtliche Natur des Rechts nichts gesagt. Daß es Privateigentum nicht sein konnte, scheint mir zur Genüge nachgewiesen, daß die Macht aber auch, trotz ihrer publizistischen Sphäre, öffentliches Eigentum nicht war, soll weiter unten erörtert werden.

Mit Hegelmaier (a. a. O. S. 23) wird darum anzunehmen sein, daß die römischen Quellen die Frage, ob das Recht des Staates ein hoheitliches sei oder ob dazuhin noch Staatseigentum angenommen werden müsse, unbeantwortet lassen und zwar deshalb, weil diese Fragen, wie noch bei der Kritik der Anschauung Eiseles nachzuweisen ist, vom römischen Standpunkt überhaupt abzulehnen sind.

§ 4. II. Die flumina publica.

Die Flüsse sind nicht wie die Wege geschaffene Einrichtungen, sondern von Natur aus vorhanden. Sie sind Teile des Landes und standen ursprünglich ebenso wie alles Land in Niemands Eigentum. Während nun das Land von den Einzelnen okkupiert wurde, weil es für sie von großem praktischem Wert war, bestimmte Stücke des Landes ausschließlich zu besitzen, verfuhr man mit den Gewässern nicht in gleicher Weise. Die Flüsse sind eben für die Völker in ihrer ersten Entwicklungsperiode nicht imstande, eine besondere Begierde zu erwecken, sie dienen nur zur Befriedigung ihrer natürlichen Bedürfnisse, zum Trinken, Waschen, Baden; darum gibt es auch in diesen ältesten Zeiten keinen Kampf um das Wasser, keine Interessenkonkurrenz der Einzelnen und liegt daher auch der Gedanke fern, die Gewässer, namentlich die Flüsse, ausschließlich zu besitzen.

Erst mit dem Fortschreiten der Kultur erhält das Wasser eine höhere Bedeutung. Man entdeckt Eigenschaften in ihm, deren Ausnutzung eine Interessengemeinschaft hervorrufen muß, das sind namentlich die besondere Tauglichkeit für die Schiffahrt, Flößerei und die Befruchtung des Landes. Dieser Gebrauch, besonders zu Landeskulturzwecken, bringt dann gar bald den Vermögenswert der Flüsse zum Bewußtsein und daraus entsteht das Bedürfnis der Verfügung über die größeren Gewässer.

Der Römer erklärten nun für flumina publica alle Gewässer, welche dauernd fließen, ohne Rücksicht auf ihre Größe (l. 1

§ 3 D. 43, 12). An diesen steht jedermann der Gemeingebrauch zu. Jeder soll fischen dürfen (§ 2 J. 2, 1), jedem steht die Schiffahrt frei, jeder darf sein Vieh zur Tränke führen (l. 1 § 9 D. 43, 14), jeder soll Wasser wegführen können, aber die Schiffbarkeit des Flusses darf darunter nicht leiden (l. 2 D. 43, 12). Damit stehen die Flüsse im Gemeingebrauch und ist es auch ihre Zweckbestimmung, von allen benützt zu werden. Wenn nun entsprechend der Bezeichnung der flumina als „publica" ein Gewaltverhältnis des populus Romanus an den flumina publica anzunehmen ist, so stehen sie dennoch nicht im Eigentum des populus Romanus. Dieses ist schon vom allgemeinen Standpunkt des jus publicum aus zu verneinen oder besser ganz abzulehnen, denn die flumina publica gehören als res quacusui publico destinatae sunt zu den res publicae und unterliegen darum den gleichen Regeln wie diese. Das Recht des p. R. an den flumina publica läßt sich ebensowenig wie das an den viae publicae juristisch bestimmen. Es läßt sich aber auch in eine juristische Form nicht bringen, denn selbst die für die Gewalt an den viae publicae passende Denkform, nämlich Eigentum, läßt sich hier nicht verwerten.[1])

Manche Einzelheiten legen freilich eine privatrechtliche Auffassung des Rechts an den flumina publica nahe. Dahin gehört namentlich die Abscheidung und rechtliche Behandlung der Privatflüsse. Diese werden behandelt wie irgend ein anderes praedium und stehen nach der l. 1 § 4 D. 43, 12: nihil enim differt a ceteris cocis privatis flumen privatum im Privateigentum. Stellt man diesem Satz noch gegenüber die l. 1 pr. D. 43, 1: quae sunt alienius, hac sunt aut publica aut singulorum: publica de locis publicis de viis deque fluminibus publicis, so könnte man allerdings dahin kommen zu sagen: Dem populus Romanus stehe das Privateigentum an den öffentlichen Flüssen zu.

Dagegen ist aber zu sagen: Nicht durch menschliche Willkür erhält der Fluß seine Bestimmung und rechtliche Qualifikation, sondern dadurch, wie er der Macht des Menschen und seinen Zwecken gegenübersteht. Darum hat auch das römische Recht die ständig fließenden Gewässer wegen ihrer wirtschaftlichen Bedeutung und um sie deswegen dem usus publicus offen zu halten, der privatwirtschaftlichen und

[1]) Wappäus a. a. O. S. 18 ff.; Kappeler a. a. O. S. 49 ff.; Dernburg, Pand. I. S. 165, A. 4, ist für Eigentum mit Berufung auf l. 1 pr. D. 43, 1.

privatrechtlichen Verfügung entzogen und für publica erklärt, die unbeständig fließenden Gewässer dagegen als bedeutungslos dem Privatrechtsverkehr überlassen.

Läßt sich nun aber angesichts des römischen Satzes: aqua profluens est res omnium communis, überhaupt ein Herrschaftsrecht des Staates an den flumina publica behaupten? Nach der l. 1 § 2 D. 1, 8 ist die fließende Wasserwelle res omnium communis, d. h. die aquaprofluens steht jedem zum Gebrauch offen und ist darum nicht fähig, im Eigentum zu stehen. Das Wesen des fließenden Wassers ist aber auch für den Boden, über den es fließt, bestimmend, so sagt die l. 1 § 7 D. 43, 12, daß das Bett eines öffentlichen Flusses auch öffentlich sei, quia impossibile est ut alveus fluminis publici non sit publicus. Vgl. auch l. 7 § 5 D. 41, 1. Damit wäre aber der Fluß als Ganzes dem jus privatum entrückt und als res omnium communis zu einer herrenlosen Sache gemacht.[2])

Wie kommt es nun aber, daß trotz des Grundsatzes, die aqua profluens sei res omnium communis, Privateigentum an den flumina privata angenommen wird? Zunächst könnte man ja denken an eine Trennung des Flusses in Wasser und Bett und eine gesonderte rechtliche Behandlung beider. Damit ist aber unvereinbar der Satz: nihil enim differt a ceteris locis privatis flumen privatum, sonst hätte man in den flumina privata ein wesenloses Eigentum zu erblicken, einen Fluß ohne Wasser. Das steht seinerseits wieder im Widerspruch mit der Tatsache, daß der Eigentümer des flumen privatum auch die Wassermenge als sein Eigentum betrachtete, entsprechend dem Satze nihil enim etc. Aus diesen Erwägungen und der ferneren Tatsache, daß das Wesen des fließenden Wassers auch für den Boden, über den es fließt, bestimmend sei, ist aber zu folgern, daß das „esse omnium communis" nicht gleich „herrenlos" zu setzen ist. Die aqua profluens ist eben omnium communis nur jure naturali, das heißt, so weit es die den Menschen und Tieren gemeinsamen Bedürfnisse betrifft: jeder Mensch darf davon trinken, sich darin baden, wie jeder Fisch darin schwimmen und jedes Tier seinen Durst darin löschen kann. Sobald dann der Gebrauch über das jus naturale hinausgeht, gelten andere Rechtssätze. Darum scheint der Satz von der aqua profluens

[2]) Hegelmaier a. a. O. S. 43 ff.

überhaupt kein Rechtssatz zu sein, sondern nur ein ethischer Satz. Immerhin mag sich aber aus ihm heraus das öffentliche Recht über den usus publicus gebildet haben, das dann das alte jus naturale in sich aufnimmt. Von hier aus ergibt sich aber dann, daß es falsch ist, ohne weiteres anzunehmen, die fließende Wasserwelle, also das, was den Fluß eigentlich ausmacht, sei herrenlos und damit extra commercium. Dazu ist immer noch ein besonderer Rechtsakt erforderlich und der ist bei den flumina publica darin zu suchen, daß sie für „publica" erklärt sind. Für „publica" sind aber nur erklärt die ständig fließenden Wasser. In ihnen sah der römische Staat ein Gut, das für die Gesamtheit von großem Wert war und dessen Uebergang in Privateigentum den Gemeingebrauch Aller, das Wohl der Gesamtheit erheblich geschädigt hätte. Darum unterwarf er diese Gewässer seinem Recht, dem jus publicum und entzog sie damit der Privatrechtssphäre.

Was die von Dernburg (Rechtsgutachten S. 14) zum Beweise des Privateigentums an den flumina publica angeführte l. 1 pr. D. 43, 1 betrifft: .... sciendum est, interdicta aut de divinis rebus aut de humanis competere ... De rebus hominum interdicta redduntur aut de his, quae sunt alicuius, aut de his quae nullius sunt. Quae sunt nullius haec sunt: liberae personae ... quae sunt alicuius haec sunt aut publica aut singulorum: publica de locis publicis, de viis deque fluminibus publicis, so ist zunächst zu bedenken, daß Ulpian hier nicht ein System der Rechtsobjekte entwickelte, sondern nur eine Einteilung der Interdikte geben will. Aber auch für den Fall, daß Ulpian die Rechtsobjekte in dieser Stelle klassifizieren wollte, könnte doch mit dieser Stelle nicht Privateigentum bewiesen werden, denn alienius esse bedeutet allgemein genommen schon nicht immer Privateigentum und daß ihm besonders hier diese Bedeutung nicht beigemessen werden kann, wird aus Folgendem klar.

Faßt man die Stelle näher ins Auge, so findet man, daß Ulpian unter den res hominum die liberae personae heraushebt und von ihnen sagt, sie seien res nullius, sodann die res publicae und res privatorum behandelt und sie als res alicuius bezeichnet. Aus der Aufzählung der libera personae unter den „res" ergibt sich aber, daß „res" nicht im rechtlichen Sinne, sondern im Sinne von res corporales, res im physischen Sinne gemeint ist, ferner ist aus der Gegenüberstellung der liberae personae als einzigen res nullius zu den

res publicae und res singulorum als res alicuius zu folgern, daß die liberae personae eben aufgefaßt werden als res, welche zugleich Rechtssubjekte sind im Gegensatz zu den Rechtsobjekten, den res im allgemeinen.[3])

Vermag damit diese Stelle Privateigentum an der flumina publica nicht zu beweisen, so haben wir aber auch andererseits ganz bestimmte und klare Aussprüche römischer Juristen, welche der Annahme eines Privateigentums an den öffentlichen Flüssen direkt entgegenstehen. So besonders die l. 1 § 6 D. de flum. über die insula in flumine nata, ferner die l. 1 § 7 eod. über den alveus derelictus. Beide, sowohl die insula als auch der alveus derelictus, fallen nicht dem populus Romanus zu, sondern den Anliegern, das wäre aber nicht anzunehmen, wenn wirklich Eigentum bestünde.

Darum habe ich auch oben erwähnt, daß „Eigentum" nicht die „Denkform" sein kann für das Herrschaftsrecht des populus Romanus an den flumina publica. Labeo rückt zwar diesem Gedanken näher, wenn er in l. 65 § 4 D. 41, 1 den Satz aufstellt: si id quod in publico innatum aut aedificatum est, publicum est, insula quoque, quae in flumine publico nata est, publica esse debet. Er mag dabei an eine eigentumsähnliche Gewalt des populus Romanus gedacht haben. Die Jurisprudenz und auch die Praxis hat aber, obwohl der Satz Labeos ins corpus juris aufgenommen wurde, anders entschieden und damit den Satz und die Auffassung Labeos abgelehnt.

Kann somit von Privateigentum nicht die Rede sein, so ist aber auch trotz der Regelung des Gemeingebrauchs durch den populus Romanus, des Aufsichtsrechts der Beamten, um den Gemeingebrauch zu ermöglichen und zu schützen, ein subjektives Hoheitsrecht, wie Keller und Jhering annehmen, ausgeschlossen, auch öffentliches Eigentum, wie Eisele lehrt, ist für die römischen Verhältnisse juristisch unmöglich.

Im Folgenden soll darum noch ganz allgemein auf die Ansicht Kellers und Jherings einerseits und die Anschauung Eiseles andererseits eingegangen werden. Hier zeigt es sich auch besonders deutlich, wie notwendig es gewesen ist, sich zur Beantwortung unserer Frage das Wesen des römischen Staates genau vor Augen zu führen.

---

[3]) Eisele a. a. O. 6 u. 7; Kappeler a. a. O. S. 25 ff.

§ 5. Kritik der Keller-Jheringschen Anschauung und der von Eisele für das römische Recht aufgestellten Theorie eines öffentlichen Eigentums.

Was zunächst die Ansicht Kellers und Jherings[1]) betrifft, so behaupten beide ganz richtig, daß nach römischem Recht die öffentlichen Sachen nicht im Eigentum des populus Romanus gestanden haben, aber der Grund liegt für sie in etwas anderem. Sie sind nämlich beide der Anschauung, daß neben dem Gemeingebrauch ein Eigentumsrecht des Staates an den öffentlichen Sachen, also den viae publicae und flumina publica unmöglich sei und sich das Recht des Staates zu einem reinen Hoheitsrecht oder Polizeirecht gestalte.[2]) Nach Jhering beruht der juristische Charakter der öffentlichen Sachen ausschließlich in dem Gemeingebrauch der Bürger, darauf, daß diese Sachen nicht einem einzelnen Individuum, sondern einer unbestimmten Vielheit von Personen gehören. Neben diesem Gemeingebrauch sei ein Eigentumsrecht des Staates nicht möglich, denn es sei zu unbedeutend, um den Namen Eigentum zu verdienen, es sei ein Eigentum, von dem der Nießbrauch von Anfang an und für immer getrennt sei. Darum nähmen dieselbe Stellung, welche dem Eigentumsobjekt gegenüber der Eigentümer einnehme, den öffentlichen Sachen gegenüber die Destinatäre des Gemeingebrauchs ein.[3]) Jhering hat deswegen auch den Begriff des Rechtes an einer Sache erweitert und zwar dahin, daß er außer der Klasse der Individualrechte noch eine zweite Klasse: Gemein- oder Gesamtrechte aufstellt, deren Charakter in der Abwesenheit des exklusiven Moments oder positiv ausgedrückt in der ungeteilten oder unteilbaren Gemeinsamkeit des Genusses bestehen soll.[4]) Damit hat aber Jhering den Gemeingebrauch zu einem subjektiven Recht gestaltet.

Den besten Beweis, daß sich die Römer „dieser Idee eines Rechts des Gemeingebrauches" sehr wohl bewußt waren, findet Jhering in den actiones populares und den sonst zum Schutz

---

[1]) Keller, Rechtsgutachten, die Baseler Festungswerke betreffend, Berlin 1861. Jhering, Vermischte Schriften, S. 103 ff.; Jhering, Geist des römischen Rechts, 4. Aufl., III. Bd.

[2]) Jhering, Verm. Schriften, S. 104.

[3]) Jhering a. a. O. S. 144 ff.; Jhering, Geist des röm. Rechts, III., S. 362.

[4]) Jhering a. a. O., S. 146.

des Gemeingebrauchs bestimmten Klagen. Wie der Eigentümer durch die rei vindicatio sein Recht, so mache jeder aus dem Kreis, für den die res publicae bestimmt seien, mittels der actio popularis das seinige geltend.[5])

Ist nun, wie schon Dernburg und Eisele[6]) des Näheren dargetan haben, es für den Begriff des Eigentums ganz gleichgiltig, wie groß die Befugnis und das Einkommen des Eigentümers sind und scheidet die Eigentumsfrage im römischen Recht überhaupt aus, so ist andererseits näher einzugehen auf die Behauptung, der usus publicus sei im römischen Recht ein subjektives Recht gewesen, das sich in den actiones populares ausgesprochen habe.

Es ist schon oben angedeutet worden, daß der civis Romanus lediglich ein Teil der Gesamtheit war und daher bezüglich aller Rechte des populus die Funktionen eines lebendigen Mitträgers zu erfüllen hatte, sich aber nie an einem dieser Rechte einen „selbständigen" Anteil zuschreiben konnte. Es übten daher die Einzelnen, wenn sie die für den öffentlichen Gebrauch bestimmten res publicae benützten, als Volksglieder die Rechte des Volks, des populus Romanus, aus.[7]) Es war also nicht der Ausfluß eines Privatrechts, wenn der Einzelne Gemeingebrauch übte, und nahm er darum auch nicht nach der Theorie Iherings die Stelle eines Eigentümers ein. Besonders die letztere Meinung erfährt in den Quellen eine deutliche Zurückweisung, wenn es in der l. 2 § 2 D. 43, 8 heißt: loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, jure scilicet civitatis, non quasi propria cuiusque. Vom Standpunkt Iherings aus hätte die Stelle lauten müssen: loca ... deserviunt, quasi propria cuiusque (cf. Eisele a. a. O. S. 19). Stände das Recht des Gemeingebrauchs jedem civis ganz und ungeteilt, somit als eigenes Recht zu, so hätte es auch dem populus gegenüber irgendwie als selbständig anerkannt und geschützt sein müssen. Davon ist aber nirgends die Rede. Der Gemeingebrauch ist lediglich eine Ausübungsform der Rechte des populus Romanus, der eben in seinen Gliedern und durch seine Glieder die res publicae benützt. Darum ist auch gegen Ihering anzunehmen, daß die Volksge-

[5]) Ihering a. a. O., S. 146.
[6]) Dernburg, Rechtsgutachten, S. 9 ff.; Eisele a. a. O., S. 23.
[7]) Gierke a. a. O., III., S. 45 f.; Eisele a. a. O., S. 19.

nossen, wenn sie klagend gegen Verhinderung des Gemeingebrauchs auftraten, nicht ihr, sondern des populus Romanus Recht schützten.[8])

Iherings Gedankengang paßt nur für jene Zeit, wo die öffentlichen Sachen, darunter die öffentlichen Wege — ob auch die Flüsse, mag dahingestellt bleiben — im Gesamteigentum der Volksgenossen standen, diese selbst eine Genossenschaft bildeten und die Ausübung des Gemeingebrauchs eben die Ausübung jenes Gesamteigentums war. Das mag der Fall gewesen sein, ehe die oben erwähnte Scheidung des populus Romanus als Einheit von dem populus Romanus als der Gesamtheit erfolgte. Nach dieser Scheidung aber hat die Anschauung Iherings keinen Raum mehr, denn die Rechte, die ehedem der Genossenschaft gehört haben mochten, hat jetzt der populus Romanus als solcher, der sie ausübt in seinen Gliedern und durch seine Glieder im Gemeingebrauch und durch seine Magistrate, besonders den Prätor, im Aufsichtsrecht des Gemeingebrauchs und dem Schutz desselben.

Der Gedanke Iherings, dem römischen Staat, dem populus Romanus, ein Hoheitsrecht zuzuschreiben, um den Gemeingebrauch zu regeln, zu beaufsichtigen und zu schützen, also ein eigenes subjektives Recht, zeigt gar deutlich, daß Ihering sich den römischen Staat gedacht hat als eine mit subjektiven Rechten ausgestattete Persönlichkeit, was aber nach dem oben Gesagten irrig ist.

Derselbe Vorwurf ist Eisele zu machen, wenn er das Herrschaftsrecht des Staates und der Gemeinden an den res publicae auffaßt als öffentliches Eigentum. Die Wiederlegung dieser Ansicht mag darum auch die Widerlegung jener weiteren Auffassung Iherings bilden.

Eisele kommt in seiner Abhandlung über die Rechtsverhältnisse der res publicae in publico usu nach römischem Recht zwar zu dem auch hier vertretenen Satz, daß die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Wege und Flüsse ganz und nach allen Seiten dem jus publicum angehören (Eisele a. a. O. S. 21), aber er geht weiter und bezeichnet das Recht des populus Romanus an den öffentlichen Sachen als Eigentum des jus publicum oder als publizistisches Eigentum. Er definiert dasselbe als dasjenige Eigentum, welches ganz und nach

[8]) Eisele a. a. O., S. 16 ff., 27 ff.; Hirsekorn, Ueber die öffentl. Sachen im Gemeingebrauch, S. 41 ff.; Gierke a. a. O., S. 32, III. Bd.

allen Seiten hin dem jus publicum angehöre und welchem die Zweckbestimmung zum Gemeingebrauch immanent sei (Eisele a. a. O. S. 24).

Es ist nun schon oben erwähnt, daß die Gewalt des populus Romanus namentlich an den viae publicae tatsächlich mit nichts anderem zu vergleichen ist, als mit der des Privateigentümers an seinem Grundstück. Daraus erklären sich auch die oft widerspruchsvoll scheinenden Quellenzeugnisse, namentlich der häufig wiederkehrende Ausdruck eius esse. Es ist aber auch angedeutet worden, daß „Eigentum" nur die Denkform sein kann für das Herrschaftsverhältnis des populus Romanus und die Quellen darauf keine Antwort geben, wie es zu bezeichnen ist.

Darum ist es ein Irrtum, wenn Eisele dem populus Romanus ein öffentliches Eigentum zuschreiben zu müssen glaubt; für die römischen Verhältnisse ist diese Auffassung unhaltbar und ohne Anhaltspunkte in den Quellen.

Mit Eisele kann zwar nicht geleugnet werden, daß der Begriff „Eigentum" ebenso dem öffentlichen Recht wie dem Privatrecht eigen ist, aber dann im öffentlichen Recht bei gleichbleibendem juristischen Typus eine modifizierte Bedeutung annimmt. Wenn Eisele diese darin findet, daß dem öffentlichen Eigentum die Zweckbestimmung zum Gemeingebrauch inhäriert, während beim Privateigentum der Privateigentümer frei sei in der Wahl seiner Genußformen, so soll gegen diese Auffassung des Begriffs „öffentliches Eigentum" hier nichts weiter eingewendet werden, als daß sie unrömisch ist. Ist auch zuzugeben, daß öffentliches Eigentum nur möglich ist an den Sachen im Gemeingebrauch, besonders den Wegen und Flüssen und mag sie auch heute die einzig richtige Form des Herrschaftsrechtes von Staat und Gemeinden an den öffentlichen Sachen sein, so folgt daraus noch lange nicht, daß es auch in Rom so gewesen sein muß. Nimmt man, wie Eisele es tut, Eigentum an, dann muß auch entsprechend dem Begriff „Eigentum" eine Herrschaft, eine ausschließliche rechtliche Macht vorhanden gewesen sein und diese bedurfte eines Subjekts, ein solches war aber nicht vorhanden, denn der populus war wohl als Einheit gedacht, aber nicht eine Person; nimmt man aber gar „öffentliches" Eigentum an, dann muß man auch dem populus Romanus subjektiv öffent-

liche Rechte zuschreiben, denn „öffentliches Eigentum" ist ein subjektives öffentliches Recht. Nur auf Grund eines solchen Rechts könnte der öffentliche Eigentümer, Staat und Gemeinde, den einzelnen gegenübertreten als übergeordnete Gewalt, entsprechend seiner Stellung als öffentlicher Eigentümer. Der Sache gegenüber bedeutet ja Eigentum nichts, rechtlich wird die Macht erst durch die Beziehungen, in welche der Eigentümer als solcher zu anderen Rechtssubjekten tritt. An diesen einander gegenüberstehenden Rechtssubjekten fehlte es aber im römischen Staat.

Wohl galt der populus Romanus als Träger des jus publicum und trat in Rechtsverhältnisse zu den cives, ein die nur nach jus publicum beurteilt werden konnten, aber dennoch sind die Verhältnisse ganz anders als bei uns gelagert. Heutzutage ergeben sich öffentliche Rechte bei der Ordnung der öffentlichen Gewalt und der daraus folgenden Formulierung des Verhältnisses zwischen Staat und Untertan. Bei den subjektiven öffentlichen Rechten und den daraus folgenden öffentlichen Rechtsverhältnissen stehen sich daher immer Staat und Untertan als Kontrahenten gegenüber. Anders in Rom.

Der populus Romanus erscheint zwar als Träger des Allgemeinwillens, der keinen anderen Träger öffentlicher Willensmacht in oder neben sich duldet, damit war aber keineswegs die Souverenität der Bürgerschaft rechtlich gegeben, vielmehr „erschien das gesamte Staatsrecht als ein auch den populus bindender Inbegriff von Rechtsnormen über die Formen, in denen das Volk selbst oder durch seine Repräsentanten die Staatsgewalt auszuüben hatte".[9]) Alles Staatsrecht enthielt somit nur Regeln des objektiven Rechts, ein irgendwie anerkanntes subjektives Recht gab es nicht in dieser Sphäre. Daher wurde auch das Verhältnis zwischen dem organisierten Verbandsganzen (wie es der römische Staat war) und seinen Gliedern nicht als subjektives Rechtsverhältnis aufgefaßt, sondern nur als ein objektives Ordnungsverhältnis. „Ueberall" sagt Gierke a. a. O. III. S. 51, „erschöpft sich das Staatsrecht in Ordnungsverhältnissen, für welche es keine einander gegenüberstehenden Rechtssubjekte gibt, sondern nur das von einem einzigen kollektiven Rechtssubjekt getragene Verbandsganze".

Damit entfällt aber sowohl die Annahme öffentlichen Eigentums wie die Annahme von Hoheitsrechten für das römische Staatsrecht.

[9]) Gierke a. a. O., Bd. III., S. 50.

II. Teil.

Das deutsche Recht.

I. Abschnitt: Die geschichtliche Entwicklung des Herrschaftsrechts an öffentlichen Land- und Wasserstraßen.

A) Das deutsche Recht bis zur Reception des römischen Rechts.

§ 6. 1.) Das genossenschaftliche Eigentum.

Bildet im römischen Recht der römische Staat, der populus Romanus, und sein Wesen den Ausgangspunkt für die Frage, wie sich das Herrschaftsrecht an den viae publicae und flumina publica gestaltet, und sind die römischen Gemeinden nur das Abbild des Staates auch in Beziehung auf ihre res publicae, so ist im deutschen Recht gerade der umgekehrte Weg einzuschlagen.

Das Volk der Germanen trat bekanntlich nicht als ein großer nationaler Staatsverband in die Weltgeschichte ein,[1]) darum ist es nicht das Volk in seiner Gesamtheit oder größere Stämme, die zur Besorgung wichtiger Angelegenheiten oder zur Ausbildung gemeinsamer Ordnungen gelangen, sondern kleinere Abteilungen, die sogenannten Völkerschaften erscheinen als die Träger des staatlichen Lebens. Innerhalb dieser sind es wiederum die ländlichen Ortsgemeinschaften, welche die ursprünglichste, gesellschaftliche Form der Verwirklichung öffentlicher Interessen darstellen.[2]) Von ihnen ist darum im deutschen Recht auszugehen.

Was zunächst das Wesen dieser Ortsgemeinschaften anlangt, so sind sie weder Gemeinden im römischen Sinn noch viel weniger solche im heutigen Sinn, sondern sie bilden Genossenschaften in denen Einzelrecht und Gesamtrecht sich verflechten.[3]) Bei ihnen ist kein ähnlicher

[1]) Gierke a. a. O., III., S. 69: Bei den Germanen stellt sich der Staat als die Verbindung und Steigerung der in genossenschaftlichen und herrschaftlichen Verbänden gegebenen Elemente dar. Vgl. auch Brunner, Grdz. der dtsch. Rechtsgeschichte, S. 5; Waitz, Dtsch. Verf.-Geschichte, I., 201, 209.

[2]) Mayer Otto, Dtsch. Verw.-Recht, II., S. 61.

[3]) Mayer a. a. O., II., S. 61; Gierke a. a. O. II., S. 132.

Vorgang zu beobachten, wie bei den römischen Gemeinden, wo gar bald nach dem Vorbild des Staates die Bürgergesamtheit als solche von der Summe der sie bildenden Einzelnen sich abhob und als Trägerin eines einheitlichen und unteilbaren Allgemeinwillens aufgefaßt wurde. Subjekt des Gesamtrechts ist vielmehr die Gesamtheit der Genossen und zwar die Gesamtheit schlechthin, ohne irgendwelche begriffliche Trennung ihrer einheitlichen und vielheitlichen Seite.[4]) Diese dem deutschen Recht eigentümliche Gestaltung konnte sich umso eher bilden und erhalten, als den Germanen der Gegensatz zwischen jus publicum und jus privatum, der bei den Römern an der Eingangspforte ihrer Rechtsgeschichte stand, lange Zeit fremd war und daher ein besonderer Träger des öffentlichen Rechts nicht nötig war.[5])

Alles Recht der Gesamtheit fand nun seinen Kern und stärksten Ausdruck in dem Recht am Grund und Boden, an der Mark, der wirtschaftlichen und rechtlichen Grundlage der Gemeinschaft. Da nun die Mark den Grund und Boden für die Wege abgeben mußte, auch die Flüsse, welche die Mark durchflossen, als zur Mark gehörig bezeichnet wurden,[6]) so ist es notwendig auf die Rechtsverhältnisse an der Mark sowohl, als insbesondere an der Allmend, des unverteilten Hauptbestandteils der Mark, näher einzugehen.

Das Land der innerhalb einer Mark wohnenden Genossen, der sogenannten Markgenossen, zerfiel in drei Teile: die Hofstätte, die an die Einzelnen verteilte Feldflur und das Gemeinland, die sogenannte Allmend, auch Mark schlechthin genannt. Während nun an der Hofstätte bald volles Sondereigentum sich entwickelte, verblieb die Feldflur, obwohl sie zur Sondernutzung verteilt war, noch lange Zeit im Gesamteigentum, ebenso wie die Allmend. Diese selbst blieb immer unverteilt und wurde von der Gesamtheit gleichzeitig und ungeschieden für ihre einheitlichen Gemeinheitszwecke und vielheitlichen Individualzwecke benutzt. Sie erfüllte ebensowohl die Aufgabe des heutigen Gemeindeguts als die Aufgabe eines wirtschaftlichen Gesellschaftsvermögens der bäuerlichen Genossen.[7])

---

[4]) Gierke a. a. O. II., S. 170 ff., dagegen Heusler, Inst. des deutschen Priv.-Rechts, S. 266 ff., der die Markgenossenschaft als eine juristische Person auffaßt.

[5]) Gierke a. a. O., II., S. 131 ff.

[6]) Grimm, Rechtsaltertümer, Bd. 2, S. 12; Gierke a. a. O., Bd. I., S. 66.

[7]) Heusler a. a. O., S. 263 f.; Gierke a. a. O., I. S. 62 ff.; Brunner a. a. O., S. 7.

Für diese älteste Zeit dürfte sich damit die Frage nach dem Herrschaftsrecht an den Wegen, auch wenn sie mehreren Markgenossenschaften, ja vielleicht einer ganzen Völkerschaft gemeinsam waren,[8]) dahin beantworten lassen: sie standen im Gesamteigentum der Markgenossen und der Gemeingebrauch stellt sich einfach dar als die Ausübung des Gesamteigentums.[9]) Wie jeder in der Allmend Holz fällen, roden etc. darf, ebenso darf er die Wege und Brücken zum Fahren, Reiten, Gehen nach Bedarf gebrauchen, „ohne aus häufigerem Gebrauch Vorteil zu ziehen oder durch mangelnde Gebrauchsgelegenheit benachteiligt zu werden und ohne durch Zuvielgebrauch die Interessen der Zukunft schädigen zu können". (Gierke II. S. 234). Diese ihre „Allmendsnatur" behielten die Wege auch bei, nachdem längst die Feldflur in Sondereigentum übergegangen war. Der Gedanke, daß eben Sachen, die allen gleichmäßig zur Benutzung zustanden, der Genossenschaft zu Eigentum gehörten, hielt sich lange lebendig.

Aehnlich wie an den Wegen dürfte auch an den innerhalb einer Mark sich befindlichen Gewässern in der ältesten Zeit das Herrschaftsrecht sich gestaltet haben, wenn nicht etwa anzunehmen ist, daß die Frage nach dem Herrschaftsrecht an den Gewässern in dieser Zeit, wo die Nutzungen über Baden, Wasserholen, Waschen und Fischen kaum hinausgegangen sein mochten überhaupt gleichgiltig bleibt. Eine Aenderung mußte allerdings eintreten nachdem einerseits die Feldflur[10]) in das Sondereigentum übergegangen war[11]) und andererseits die Nutzungen an den Gewässern eine Steigerung erfahren hatten. Mit dem Fortschreiten der Kultur, nach Erkenntnis der hervorragenden Tauglichkeit der größeren Gewässer für die Schiffahrt, Flößerei und Befruchtung des Landes, nachdem auch die Verhältnisse eine größere Ausbeutung der Fischerei mit sich brachte, erhielten die größeren Gewässer bald eine höhere Bedeutung und brachte dieser gesteigerte Ge-

---

[8]) Daß dies möglich war, spricht besonders Stobbe, Handbuch des dtsch. Priv.-Rechts, Bd. I., S. 502, dann Gierke, Bd. II., S. 339 aus.

[9]) Mayer a. a. O., Bd. II., S. 61, sagt: Der Boden, der dazu (Wegen, Plätzen) benützt wird, ist Allmend, keinem Einzelnen für sich gehörig, sondern der Gesamtheit und damit jedem Einzelnen dienend zum Verkehr; vgl. auch Gierke a. a. O., I., S. 66, 67; Stobbe, S. 503

[10]) Nach der Völkerwanderung und z. B. der Abfassung der Gesetzbücher war Sondereigentum der Genossen an der Feldflur die Regel. cf. Heusler a. a. O., I. S. 263; Gierke, I, S. 65.

[11]) Nach der Völkerwanderung und zur Zeit der Abfassung der Stammesrechte ist Sondereigentum der Genossen an der verteilten Feldblur die Regel cf. Gierke a. a. O., I, S. 65; Heusler a. a. O., I, S. 263.

brauch schon einen bestimmten Vermögenswert zum Bewußtsein. Es konnte daher die Frage, wem die Gewässer gehören, nicht mehr gleichgiltig bleiben und mußte die eben erwähnte, jetzt erst erkannte, weil mit fortgeschrittener Kultur bedingte Benutzung der Gewässer eine Interessensolidarität bestimmter Gemeinden und Stämme hervorrufen.

Hier interessieren nur die öffentlichen Wasserstraßen, somit ist zunächst die Frage gegeben: Welche Gewässer sind als solche im deutschen Recht zu betrachten?

Das deutsche Recht ist räumlich und zeitlich zersplittert und fehlt es daher an einer einheitlichen Grundlage für unsere Frage. Jedoch der natürliche Verstand findet nach Erkenntnis der Aenderung und Steigerung in der Benutzung der Gewässer das Criterium heraus, nach dem die öffentlichen Gewässer von den Privatgewässern zu trennen sind. Es ist *der natürliche Umfang der Benutzung*, der das Unterscheidungszeichen ist, und darum sind die Gewässer, die den Verkehr von Land zu Land vermitteln und jedermann zur Schifffahrt und Flößerei offenstehen, öffentliche Gewässer.[12])

Alle übrigen Gewässer sind private, stehen daher im *Privateigentum*. Das war schon in alten Zeiten der Fall mit den Bächen, welche das *Feld* durchflossen. Dies ist zu schließen aus den alten Uebertragungsformeln, in denen das Eigentum an solchen Gewässern mit dem Eigentum an Grund und Boden zugleich übertragen wird.[13]) Die Gewässer dagegen, welche den Wald, also die Allmend, durchflossen, standen als zur Mark gehörig, im *Gesamteigentum* der Genossen.[14])

Welches Verhältnis waltet nun ob bei den Gewässern, welche sowohl das Feld als den Wald durchflossen, nachdem das Feld in Sondereigentum übergegangen war?

Hier ist zu scheiden zwischen den größeren und kleineren Gewässern. Entsprechend dem eben Erörterten stehen die kleineren Gewässer, soweit sie das Feld durchfließen im Sondereigentum der Anlieger, soferne sie den Wald durchfließen im Gesamteigentum der Markgenossen. Bezüglich der größeren Gewässer, der öffentlichen Was-

---

[12]) Heusler a. a. O., I, S. 365; Stobbe a. a. O., I. S. 606 ff.; Weiske Rechtslexikon XIV, S. 107.

[13]) Grimm, Rechtsaltertümer, I, S. 61, Ziff. 8.; Weiske a. a. O., S. 107 u. 108.

[14]) Grimm a. a. O., II, 12.

ferstraßen spricht, da sie eine ganze Reihe von Markgenossenschaften, ja ein ganzes Stammesgebiet durchfließen können, die Vermutung für gemeines Eigentum des ganzen Stammes oder Volkes. Diesem stehen auch lange Zeit alle Rechte zu, welche das Eigentum an solchen Flüssen gibt, denn daß die größeren Gewässer ursprünglich jedem ohne Entgelt zum Gebrauch und zur Benutzung offenstanden, steht außer Zweifel.[15]) Damit stimmen auch die Quellen überein.[15])

Deutschenspiegel 138: Is leich wazzer strames fluz daz ist gemaine ze varn und ze vischene darinne.

Schwabenspiegel 197: Iegliches wazzers rames fluz ist gemeine zu varenne und zu vischene.

Sachsenspiegel II 28 § 4: Svelk water strames vlüt, dat is gemene to varene unde to vischene inne; jegelich vlizinde wazzir heizet des riches straze, dar umme ne suln die schif unde alliz daz in deme wazzir uf unde nidir vliuzit, ne heinen zoln gebin.

Stand nun der Gebrauch und die Nutzung der öffentlichen Wege und Gewässer als Ausfluß ihres Gesamteigentums zwar allen Mark- oder Volksgenossen frei, so waren Gebrauch und Nutzung doch auch in dieser ältesten Zeit nicht regel- und planlos. Im Interesse einer geordneten Benutzung kommen mancherlei Beschränkungen vor: „Die Gesamtheit," sagt Gierke a. a. O. II. S. 234, „übt hier das Recht, gewisse Weg allen zu schließen, gewisse Handlungen darauf allen zu verbieten und gewisse Beschränkungen bezüglich ihrer allen aufzuerlegen, ohne daß hierin mehr als der Keim einer Wege- und Triftpolizei läge". Die Aufsicht über den Gemeingebrauch übte darnach in den ältesten Zeiten die Versammlung der freien Markgenossen und galt als ihr Recht. Darum sagt Mayer a. a. O. II. S. 61 richtig: „Alles Recht am Wege — wohl auch an den Flüssen — erscheint nur in zweierlei Gestalt (in dieser ältesten Zeit): in der Bestimmung für den Nutzen der Gesamtheit und als Aufsichtsrecht der Obrigkeit."

§ 7. 2) Die Zurückdrängung des Gesamteigentums durch die Entwicklung der Hoheitsrechte über die öffentlichen Land- und Wasserstraßen.

Gerade das Aufsichtsrecht der Obrigkeit sollte nun gar bald eine Aenderung des Wesens der Rechtsverhältnisse der öffentlichen Land-

[15]) Stobbe a. a. O., I, S. 607; Heusler a. a. O., I, S. 365; Weiske a. a. O., S. 108 ff.

und Wasserstraßen herbeiführen, nachdem im Laufe der Zeit obrigkeitliche Rechte, darunter auch das Aufsichtsrecht über die Wege und Flüsse, auf einzelne im Krieg und Frieden bewährte Familien oder Einzelpersonen, die Stammesherzoge und Könige übergegangen war. Solange die deutschen Staatseinrichtungen auf wesentlich demokratischer Grundlage beruhten, war freilich das Aufsichtsrecht der Obrigkeit in der Hand Einzelner ziemlich ungefährlich für die gemeinen Rechte der Gesamtheit, in demselben Maße aber, als die Staatseinrichtungen mehr und mehr einen absolutistisch monarchischen Charakter annahmen, das Königtum und Stammesherzogtum erstarkte und das Fürstentum und die Landeshoheit sich entwickelte, mußte das Aufsichtsrecht über das gemeine Gut in der Hand eines gewaltigen Königs oder Herzogs ein gefährliches Werkzeug der eigenen Habgier werden.[1])

Dies bringen die Veränderungen, welche die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Wege und Flüsse im Laufe der Zeit erfuhren, deutlich zur Anschauung.

Bestand bis jetzt das Wesen der öffentlichen Wege und Flüsse in ihrer *Zugehörigkeit* an die Gesamtheit im buchstäblichen Sinne und war der Gemeingebrauch nur die Ausübung des Gesamteigentums, so verschwindet mit dem Wachsen der obrigkeitlichen Gewalt in der Hand der Fürsten diese Auffassung mehr und mehr. Die Zugehörigkeit an die Gesamtheit zeigt sich bald nur noch in dem unmittelbaren Gebrauch aller Einzelnen, in dem, gegen früher allerdings *in erheblicher Weise modifizierten Gemeingebrauch*. Dem steht dann gegenüber die landesherrliche Wege- und Wasserhoheit, die sich namentlich darin äußert neben Handhabung der Polizei der Einrichtungen, *Zölle und Abgaben auf die Benützung zu legen*. Darin liegt aber genau genommen eine Entwehrung des gemeinen Volksguts, dessen Benutzung dem Einzelnen nicht mehr frei zusteht, sondern nur gegen das an den Fürsten zu zahlende Entgelt. Bei einem solchen Gange der Entwicklung mußte aber gar bald die Genossenschaftsidee zurücktreten und die Gesamtheit ihre Stellung als Trägerin der Herrschafts- und Eigentumsrechte an den öffentlichen Land- und Wasserstraßen und damit als Trägerin von Gemeininteressen nach und nach an den Fürsten verlieren.[2])

---

[1]) Müller, Das Flußwasser steht im Eigentum. Erl. Diss. 1899. S. 15.
[2]) Mayer a. a. O., II. Bd., S. 62.

Diese politische Machtverschiebung konnte nun freilich nicht von heute auf morgen sich vollziehen, sie brauchte eine lange Entwicklungszeit, in der Fürst und Volk um die Herrschaft stritten. Wie der Kampf geführt wurde, wie allmählich der Absolutismus seine Macht nicht nur nach außen, sondern auch nach innen ausdehnte und alle Rechte, die nur erreichbar waren, in der Person des Herrschers zu vereinigen suchte, auch Verhältnisse und Institute von rein öffentlichem Charakter nach der Schablone des Privatrechts regelte, um dem Fürsten einen Nutzen zu verschaffen, dafür bieten uns die Wandlungen, welche die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Wege und Flüsse erfuhren, ein krasses Beispiel.

Die Fürsten haben nicht etwa von allem Anfang an den Anspruch erhoben, daß die Straßen und Flüsse ihr Eigentum seien, dazu war ihre Macht zu gering, aber entgegen der volkstümlichen Anschauung, daß die Nutzungen und der Gebrauch der Wege und Flüsse gemein und unentgeltlich sei, beanspruchten sie, sobald ihre Macht stark wurde, die Nutzungen dieser Sachen als Rechtsame finanziell zu verwerten.[3]) Diese Tendenz gibt sich schon frühe kund, tritt unter den Karolingern deutlicher auf und reift unter deren Nachfolgern, den sächsischen und salfränkischen Königen aus, so daß sie in der Hohenstaufenzeit ausgebildet auftreten konnte. Die Nutzungen der Flüsse und Straßen treten dadurch, daß sie zu einer privatrechtlich verwertbaren Rechtsame des Königs gemacht wurden, unter den Begriff der Regalien, der nutzbaren Regierungsrechte des Königs.[4])

Für die Wirklichkeit der Regalität der öffentlichen Wege und Flüsse lassen sich eine Menge von Belegen anführen, so namentlich der Satz einer Urkunde König Ludwigs: cujuscunque sint litora nostra tamen est regalis aqua.[5]) Darin gibt sich deutlich der Gegensatz kund zu der populären Anschauung des Sachsenspiegels. Zu erwähnen ist ferner noch eine Konstitution Friedrichs aus dem Jahre 1158, welche unter den regalia die viae publicae und flumina navigabilia et ex quibus fiunt navigabilia aufzählt.

Nahm der Landsherr ursprünglich nur einige Nutzungsrechte, so namentlich das der Fischerei, für sich in Anspruch, so wurden allmählich nahezu alle Nutzungen an Wegen und Flüssen fiskalisch ausgebeutet

[3]) Heusler a. a. O., I, S. 367.
[4]) Heusler a. a. O., I, S. 368; Wappäus a. a. O., S. 77; Gerber, System des dtsch. Priv.-Rechts, 17. Aufl., S. 91; Stobbe a. a. O., I, S. 608.
[5]) Heusler, I, 368; Waitz a. a. O., IV, S. 114, Anm. 1.

und erhob der Landesherr bald für alle möglichen Nutzungen seine Zölle und Abgaben, die dann in seine Schatulle flossen. Jetzt erscheint der Gemeingebrauch, soweit er noch besteht, nicht mehr als ein freies ursprüngliches Recht, sondern als ein Akt der Gnade. Somit stellen sich die früheren Gemeingüter jetzt dar als reiche Einnahmequellen für den landesherrlichen Fiskus. Dies ist auch der Grund, warum der germanisch mittelalterlichen Rechtsanschauung der Unterschied zwischen öffentlichen und fiskalischen Sachen fremd war. Mit Recht sagt Wappäus a. a. O. S. 73, daß beide Kategorien gänzlich zusammenflossen zu der einzigen des nutzbaren königlichen Eigentums.

Das Volk freilich erkannte die Regalien nie an und sträubte sich immer gegen eine solche Ausdehnung der landesherrlichen Hoheitsrechte, aber je größer die unmittelbar zwingende Gewalt war, um so mehr konnten sich die Regalien ausdehnen. Indem aber der Landesherr sein eigenes finanzielles Interesse am stärksten betonte, mußte naturgemäß das ursprüngliche Gesamteigentum immer mehr verschwinden und die Rechte des Landesherrn so bedeutend erscheinen, daß sich der Gesamtinhalt vom Eigentum nur noch dem Namen nach unterscheidet. Tatsächlich ist es schon jetzt Eigentum, das sich aus den nach und nach in Anspruch genommenen Nutzungsrechten, den Regalien, zusammengesetzt hat. Mögen auch die Regalien nichts weiter als ein nur durch die Macht gerechtfertigter Akt der Anmaßung gewesen sein, so schufen sie gleichwohl ein Recht, dem man sich schließlich beugen mußte und unter dessen Einfluß die weitere Rechtsentwicklung steht. Die Macht ist eben hier der Grundfaktor neuen Rechts.[6])

Wenn nun aber trotz dieser, tatsächlich mit nichts anderem als Privateigentum zu vergleichenden Macht der Landesherrn an den öffentlichen Land- und Wasserstraßen diese Macht nicht auch rechtlich in die Form des Eigentums gebracht und es bei den Regalien belassen wurde, so liegt der Grund dafür einerseits in der Rezeption des römischen Rechts, andererseits aber auch in den politischen und staatlichen Verhältnissen.

---

[6]) Müller a. a. O., S. 17, 18; Heusler, I, 372; Mayer a. a. O., II, S. 63; Wappäus a. a. O., S. 77; Dernburg, Rechtsgutachten, S. 5.

B) Einfluß der Reception des römischen Rechts und der veränderten staatlichen Verhältnisse auf die Gestaltung des Herrschaftsrecht an den öffentlichen Land- u. Wasserstraßen.

§ 8. 1. Einfluß der Rezeption des römischen Rechts.

Erschien dem ursprünglichen Recht die Eigentumsfrage an den Land- und Wasserstraßen ziemlich gleichgiltig, weil eben die Idee des Eigentums an diesen Sachen im Gesamtrecht verschwand, und war auch in der Folgezeit durch die Ausdehnung der landesherrlichen Regalien diese Frage zurückgedrängt, so wurde sie nach der Rezeption des römischen Rechts, die schon im 12. Jahrhundert beginnt, um sich gegen das 16. Jahrhundert zu vollenden, von der Theorie überhaupt ausgeschlossen. Die öffentlichen Wege und Flüsse sind nach den jetzt rezipierten römischen Quellen extra commercium und als solche für das Privateigentum unzugänglich.[1])

Publica flumina non sunt in commercio nec alicuius vel proprietate vel usu, sed jure gentium publicis usibus omnium serviunt, proprietate vero sunt nullius, quamvis quoad protectionem ad principem spectent, sagt Wesembek bei Fritsch, jus fluv. II. S. 89. Dasselbe sagt Fritsch bezüglich der öffentlichen Wege: opusc. 1, 14 tractatus de regali viarum publicarum jure, c. III n. 4: „Unde earum proprietas nullius est, usus autem omnium, quam ob causam appellantur publicae; ac propterea protectio illarum pertinet ad summum principem."

Nach diesen Aussprüchen ist Eigentümer niemand, die Sache dient nach Naturrecht dem usus publicus und der Fürst hat nur die protectio.

Eine solche Auffassung des römischen Rechts konnte für die Landesherrn nur willkommen sein, schloß sie doch die im Volk immer noch lebendige Idee des Gesamteigentums gänzlich aus und vermochte auch ihren Rechten keinen Abruch zu tun. Gestützt auf den Rechtstitel der protectio oder des jus politiae übten die Landesherrn trotz der Extracommerrialität ebenso wie früher gleich einem Eigentümer ihre Rechte an den Wegen und Flüssen auch jetzt aus.

---

[1]) Mayer a. a. O., II, S. 63; Archiv f. C. Pr., Bd. 30, Beil. S. 39, Note 59 ff.

Römisch gedacht war allerdings eine solche Auslegung der Quellen nicht, besonders die Auffassung, die res publicae würden „publicae" nur genannt, weil sie dem usus publicus dienten, enthält eine solche, vielleicht absichtliche, Verkennung des römischen Rechts. Woher hätte der usus publicus die Kraft hernehmen sollen, Sachen die ihm gewidmet sind, außerhalb des Vermögensverkehrs zu stellen? Es läßt sich nicht verkennen, daß die römischen Rechtslehrer damals das römische Recht durch die Brille ihrer Zeit betrachteten, außerdem waren sie mehr oder minder Fürstendiener und so ist es nicht zu verwundern, daß sie das Criterium der öffentlichen Sachen, besonders auch der öffentlichen Land- und Wasserstraßen mehr in Nebendingen suchten, statt dort, wo es wirklich zu finden war. Für uns sind res publicae nach den richtig verstandenen Quellen Sachen, die dem populus Romanus als solchem gehören, zwar nicht nach Civilrecht sondern nach öffentlichem Recht. Wären damals die Quellen so verstanden worden und hätte das römische Recht consequent durchgeführt werden wollen, so hätte man in dieser Zeit, wo der Fürst noch nicht die Stelle des populus Romanus einnahm, alle Wege und Flüsse in das sowohl Privat- wie öffentliches Recht umfassende, frühere Gesamteigentum des Volkes zurückgeben müssen, die Regalität und geschaffenen Sonderrechte vernichten und den Gemeingebrauch als die einzig mögliche Art irgend eines Rechtes an den öffentlichen Wegen und Flüssen in vollen Umfang wieder herstellen müssen. Damit hätte aber die alte Genossenschaft wieder in ihre alten Rechte eingesetzt werden müssen, was wohl selbst der eingefleischteste Romanist nicht zu fordern gewagt hätte.

Tatsächlich gibt sich gerade das Gegenteil von dem kund, denn jetzt, nachdem feststand, daß öffentliche Wege und Flüsse extra commercium seien, nicht im Eigentum stehen können, übten die Landesherrn erst recht die Regalität aus. Konnten die Wege und Flüsse als res extra commercium zwar nicht veräußert werden, so konnte man doch die Regalien veräußern und verpfänden und tatsächlich gehen sie auch vom 13. Jahrhundert ab durch Verkauf, Verpfändung und Verleihung auf Fürsten, Herren, freie Städte etc. nach und nach über. Daß damit aber faktisch über die öffentliche Wege und Flüsse verfügt wurde, ist klar und ist es darum nur eine natürliche Entwicklung, wenn Wege und Flüsse später als fiskalisches Eigentum des Staates bezeichnet werden. Ehe es jedoch dazu kommen konnte, mußte vorher noch eine Wandlung in den staatlichen Verhältnissen sich vollziehen, mußte der Staat,

das große Abstraktum als handelnde und wollende Macht mit eigener Persönlichkeit, das für die Interessen der Allgemeinheit zu sorgen hat, erst erscheinen.

§ 9. 2.) Einfluß der Entwicklung der landesherrlichen Hoheitsrechte zur Staatsgewalt.

Die landesherrliche Gewalt ist nicht immer gleich Staatsgewalt zu setzen gewesen, im Gegenteil. Erst allmählich und langsam setzte sich die Staatsgewalt zu dem, was sie jetzt ist, zusammen.[2]) Mag auch das fränkische Reich mit seiner ausgebildeten königlichen Gewalt die Idee des allgewaltigen Staates sehr nahe rücken, so ist doch schon damals in der königlichen Gewalt nichts mehr zu erblicken als eine mit dem alten Stammeskönigtum zu vergleichende Herrschaft, wenn sie auch über den Rahmen einer solchen hinausgegangen sein mag.[3]) War aber im fränkischen Reiche schon die königliche Gewalt keineswegs rechtlich unbeschränkt, so konnte sie es noch viel weniger werden, als auf die übermäßige Spannung der königlichen Gewalt im fränkischen Reich schon unter den Karolingern eine Schwächung derselben folgte, von der sich auch deren Nachfolger, die deutschen Kaiser und Könige, nicht mehr erholten.

Der Grund ist darin zu suchen, daß im Gegensatz zum römischen Staat, der als *Einheit* in die Weltgeschichte eintritt, der mittelalterliche Staat auf einem Dualismus zwischen Königsrecht und Volksrecht beruht und eine *uneingeschränkte* königliche Gewalt nicht kennt. Der mittelalterliche Staat wird dadurch getrennt in zwei Parteien, in Herrschende und Beherrschte, die sich nach Art kämpfender und friedenschließender Parteien gegenüberstehen.[4]) Dieser Dualismus wird nun durch die fortschreitende Feudalisierung immer mehr verschärft. Durch die Feudalisierung der königlichen Aemter und späteren Fortbildung der Immunität entstehen nämlich im Staat neue, vom Staat immer mehr unabhängiger werdende Gewalten öffentlicher Art und so bringt schließlich der Zwiespalt des staatlichen Lebens zugleich eine Zersplitterung der gesamten öffentlichen Gewalt mit sich.

---

[2]) Mayer a. a. O., I, S. 23 ff.; Jellinek, Das Recht des modernen Staates, Bd. I, S. 288 ff.

[3]) Brunner: Deutsche Rechsgeschiche, Bd. II, S. 9.; Jellinek a. a. O., I. S. 291.

[4]) Jellinek a. a. O., S. 280, 290.

Den typischen Ausdruck der dualistischen Gestaltung des germanischen Staatslebens bildet, worauf besonders Jellinek (a. a. O., S. 291) hinweist, der ständische Staat, der die verschiedenen politischen Untergewalten zu einer Einheit zusammenfaßt. Die Stände stehen dem Könige als selbstständige Körperschaften gegenüber und erscheinen keineswegs mit dem Könige etwa als Glieder eines und desselben Staates, vielmehr treten beide, „als zwei scharf von einander geschiedene Rechtssubjekte hervor, von denen keines die Superiorität des andern anerkennen will". (Jellinek a. a. O. 292). Daß bei einer solchen Gestaltung der Verhältnisse jedes der Beiden eifersüchtig auf seine Macht bedacht war und, wo es nur immer ging, Rechte an sich zu reißen suchte, ist klar; es leuchtet aber auch ein, daß gar bald bei einem so losen Zusammenhang, die mächtigeren Stände selbst als politische Nation sich fühlten und allmählich zu Staaten im Staat wurden. Mit dem Ausgang des Mittelalters ist darum auch der Schwerpunkt der staatlichen Entwicklung des deutschen Volkes nicht im Reich, sondern in den Territorien zu suchen.[5])

Daß bei einer solchen Entwicklung die Landeshoheit, als die Gesamtheit der Hoheitsrechte, nicht von vornherein gegeben war, sondern sich erst entwickeln mußte, ist natürlich. Dazu kommt aber auch, daß in den deutschen Territorien der Staatsgedanke, der eine umfassende Staatsgewalt erheischt, noch nicht lebendig war. Darum ist auch der Landesherr nicht als Repräsentant des Staates von vornherein in seinem Territorium anzusehen, sondern der Landesherr persönlich ist allein in Frage. Er hat seine Rechte wie jeder andere Mensch, er hat aber auch noch besondere und das sind die, „welche Angelegenheiten des Gemeinwesens betreffen und seine Stellung über dem Land und den Untertanen zum Ausdruck bringen." (Mayer a. a. O. I. S. 25).

Von jeher nun bestrebt ihre Macht immer mehr auszubilden und alles, was allgemeines Interesse hatte, ihrer Handhabung zu unterwerfen, konnten nun unter dem Einfluß des Naturrechts im 16 und 17. Jahrhundert die Landesherrn ihre Hoheitsrechte immer mehr ausdehnen und die Landeshoheit ausgestalten. Indem nämlich die Gelehrten dieser Zeit alle Aufgaben und Rechte des Fürsten unter den einheitlichen Gesichtspunkt des Staatszweckes stellen und lehren, daß

[5]) Mayer a. a. O., I, S. 25.

die Fürsten nur dazu da seien, das Gemeinwohl zu schützen und zu fördern, sagen sie zugleich, daß der Fürst, der Landesherr, alle Rechte, die ihm zustehen, nur zu diesem Zwecke habe, aber auch eo ipso alle Rechte in Anspruch nehmen dürfe, welche erforderlich und nützlich für die gemeine Wohlfahrt seien.[6])

Damit war aber der Staatsidee der Weg gebahnt.

Unter dem mächtigen Einflusse dieser neuen Ideen konnte jetzt die öffentliche Gewalt die ihr gesteckten Bahnen verlassen und ungehindert und uneingeschränkt sich entfalten. Jetzt war der Fürst, theoretisch wenigstens, von dem odium befreit, als ob er alle Rechte nur seines eigenen Vorteils wegen in Anspruch nehme, vertritt er doch den Staat, den geborenen Träger aller Rechte und Herrschaftsäußerungen, welche im Interesse des Gemeinwesens zu üben sind. Praktisch freilich gehen gar oft die Interessen des Staates mit denen des Volkes auseinander, der Fürst betrachtet sich selbst als den Staat und darum kann der Staat blühen und das Volk zu Grunde gehen. Nicht immer war es nur das Interesse an der öffentlichen Ordnung und dem Wohl des Volkes, welches den Fürst bewog, seine Rechte zu erweitern, weitmehr war es das Bewußtsein der eigenen Macht und der Gedanke an die Vorteile, welche man daraus ziehen konnte. Das zeigt sich besonders deutlich darin, daß von jetzt ab die fiskalischen und öffentlichen Sachen, zu welch letzteren ja die öffentlichen Land- und Wasserstraßen gehören, Bestandteile des (königlichen) landesherrlichen Fiskus bilden.[7])

Nachdem jetzt der Staat vorhanden ist und mit ihm auch die Staatsgewalt, braucht man nun nicht mehr für jede Aeußerung der Macht ein besonderes Hoheitsrecht nachzuweisen: die Herrschaft ist jetzt absolut geworden. Aus diesem Grunde ist auch das ursprüngliche Hoheitsrecht an den öffentlichen Wegen und Flüssen, das ja schon längst seinem Inhalt und Wesen nach Eigentum der Landesherrn war, auch rechtlich Eigentum derselben geworden.[8]) Dies läßt sich aus den Zeugnissen damaliger Schriftsteller deutlich ersehen.

Deutlich ist hier das Bestreben zu erkennen, den Schwerpunkt des Staates in den Fürsten zu legen.

[6]) Mayer a. a. O., I, S. 26.
[7]) Wappäus a. a. O., S. 74.
[8]) Mayer a. a. O., II, S. 63.

Leyser sagt in seinen Med. ad pand. I. sp. 25. 1: Publicarum rerum definitio, quae in jure Romano definitur, statui populari, non monarchico convenit. In Deutchland, also secundum statum monarchicum sind res publicae solche, „quarum proprietas liberaque de iis dispositio ad Principem pertinet, usus vero ad eos omnes, quibus princeps illum concessit."

Stryk im Us. mod. pand. Tom. IV. ad tit. D. 43, 11 sagt in § 1: Hodie quidem flumina publica ad principem spectant, nec cuiquam jus quoddam in flumine competit, nisi ex principis concessione habuerit.

Fritsch, opusc. var. P. I. tract. XIV. c. III § 1 geht aus von dem Satz, daß in Rom: „vias publicas olim populi Romani fuisse quoad protectionem", während jetzt: „vias publicas subjectas esse potestati politiae. Daraus folgt: cum igitur hodie summus princeps repraesentet populum secundum nostrae reipublicae formam, idem jure populi quoque utitur. Unde vias publicas per regnum teutonicum proprietate et imperio regis esse germanorum.[9])

Aus diesen Aussprüchen ergibt sich, daß der Fürst gedacht ist als an der Stelle des populus Romanus stehend, ferner daß die res publicae ihm zu Eigentum zugeschrieben werden. Damit war aber nicht auch die Fülle der Staatsgewalt und die durchdringende Kraft des öffentlichen Rechts schon gegeben. Es bleibt bei verschiedenen Rechten, die dem Fürsten zustehen: Wege- und Wasserhoheit hat er als solcher, Eigentum hat er wie ein anderer Mensch.

Dieser Dualismus, der die Rechtsverhältnisse an den öffentlichen Land- und Wasserstraßen lange Zeit beeinflussen sollte, hat seinen Grund in den besonderen Verhältnissen, welche der sogenannte Polizeistaat mit sich brachte.

§ 10. 3.) Der Polizeistaat und seine Einwirkung auf das Herrschaftsrecht an den öffentlichen Land- und Wasserstraßen.

Wie schon gezeigt, war unter dem Einfluß neuer Ideen die öffentliche Gewalt schrankenlos geworden. „Die Polizei" sagt Mayer a. a. O. I S. 38, „welche dem Ganzen den Stempel gibt, wird jetzt zu einer planmäßigen Bearbeitung des zur Verfügung stehenden Men-

[9]) Wappäus a. a. O., S. 74, 75; Archiv f. ö. R., XVI, S. 46, Note 9.

schenmaterials, um es einem großen Ziel entgegenzuführen". Wollte man nun dieses Ziel erreichen, so mußte auch der Fürst, wenn und wann es ihm beliebte, also jederzeit und in allen Beziehungen obrigkeitliche Anordnungen erlassen können, ohne irgendwie einer Beschränkung unterworfen zu sein. Tatsächlich gab es nun auch in dieser Zeit keine Schranken, als die Verantwortlichkeit vor Gott und dem Gewissen und die vernünftige Erwägung des Zweckmäßigen. Darum erscheinen auch in dieser Zeit alle obrigkeitlichen Anordnungen in der Form des Befehls. (Mayer a. a. O. I S. 42). Zwischen Landesherr und Untertanen gibt es keine „öffentlichen Rechte", hier herrscht nur der Befehl. Recht gibt es nur innerhalb des Civilrechts, welches dann auch in weitem Umfange auf die Verhältnisse zwischen Staat und Untertan zur Anwendung kommt und die Lücken ausfüllen muß, „die das Rechtsgefühl gegenüber diesem Stande des öffentlichen Rechts empfinden mochte" (Mayer a. a. O. I S. 45).

Der Staat als solcher tritt in der polizeistaatlichen Zeit in rechtliche Beziehungen zu den Einzelnen nie ein, darum erscheint zur Regelung rechtlicher Verhältnisse neben ihm ein zweites Rechtssubjekt: der sogenannte Fiskus. Dieser steht, wie Mayer a. a. O. I S. 48 f. näher ausführt, neben dem Fürsten und seinen Behörden, welche die öffentliche Gewalt ausüben, und vertritt diese in allen civilrechtlichen Vermögensverhältnissen, die sich daran knüpfen. „Der Fiskus ist Untertan, der Staat befiehlt ihm, legt ihm Lasten auf und zwingt ihn zur Zahlung gleich anderen Untertanen".

Dieser Dualismus zwischen Staat und Fiskus läßt sich besonders deutlich erkennen an der Art, wie die rechtliche Macht des Staates an den öffentlichen Land- und Wasserstraßen in die Erscheinung tritt.

Da von jeher die den Landesherren in Bezug auf öffentliche Wege und Flüsse zustehenden Rechte nach privatrechtlichem Muster construiert waren, folglich auch an die Herrschaft über diese Sachen civil- und vermögensrechtliche Verhältnisse sich knüpften, so werden die öffentlichen Land- und Wasserstraßen Eigentum des Fiskus und der Staat als obrigkeitliche Macht übt, wenn man so sagen will, die Wege- und Wasserhoheit aus und wacht darüber, daß die Sachen bei ihrer Bestimmung für das öffentliche Interesse erhalten

bleiben.[1]) Mayer[2]) drückt das umfassend dahin aus: „Der Staat legt dem Fiskus die Last auf für die Instandhaltung zu sorgen, zwingt ihn dem Einzelnen den öffentlichen Gebrauch in gehöriger Weise zu gewähren, wehrt ihm die Veräußerung, wehrt andererseits den Untertanen die Ersitzung und sonstige Störung, kann aber auch durch lex specialis besondere Rechte an der Sache begründen, um sie bestimmten Einzelnen zu verleihen".

Wir sehen in dieser Zeit keinen Unterschied gemacht zwischen öffentlichen und fiskalischen Sachen, beide stehen ungeschieden und ungetrennt im Eigentum des Fiskus.[3])

Da greift die staatliche Gesetzgebung ein, trennt die fiskalischen Sachen von den öffentlichen und erklärt letztere als zu dem gemeinen Eigentum des Staates, öffentlichem Gut oder eigentlichem Staatseigentum gehörig. Worin liegt der Grund hiefür?

„Die großen Umwälzungen" sagt Dernburg, Rechtsgutachten S. 5, „welche seit Ende des vorigen Jahrhunderts (18. Jhrt.) die staatlichen Verhältnisse umgestalteten und eine schärfere Auffassung der Rechte und Pflichten des Staates herbeiführten, haben der *romanistischen Distinktion* im Gegensatz zum älteren germanischen Recht fast überall zum Sieg verholfen".

Im Gegensatz jedoch zu Frankreich, wo der code civil, der in Artikel 538 ebenfalls das (Staatseigentum) Staatsvermögen schied in domain national und domaine public und zu letzterem insbesondere die öffentlichen Wege und Flüsse rechnete, *einheitliches* Recht für *ganz* Frankreich schaffen konnte, war bei der deutschen Vielstaaterei eine solche einheitliche Gesetzgebung nicht möglich. Nur einige Staaten, so besonders Preußen und Bayern, zum Teil auch Sachsen, schufen für ihr Gebiet einheitliches Recht. In den übrigen deutschen Landen hat die Rechtswissenschaft die römischen Begriffe verbreitet und angewendet, freilich nicht ohne in Konflikt zu kommen mit der eingewurzelten germanischen Rechtsanschauung. Die Lehre von den öffentlichen Flüssen mit ihren vielfachen Kontroversen ist ein beredtes Zeugnis dafür.[4])

---

[1]) Archiv f. öff. Recht, Bd. XVI, S. 46.

[2]) Mayer a. a. O., II, S. 66.

[3]) Dernburg, Rechtsgutachten, Seite 5; Wappäus a. a. O., S. 75; Hirsekorn a. a. O., S. 53, 54. Weiske, Rechtslexikon, Bd. XIV, S. 122 und die dort zitierten Schriftsteller.

[4]) Dernburg a. a. O., S. 6. Wappäus a. a. O., S. 54.

Die deutschen partikularrechtlichen Kodifikationen haben nun durchgängig die damalige Anschauung der Juristen von den römischen res publicae mit den daraus folgenden hauptsächlichsten Konsequenzen adoptiert, weshalb auch die Einwirkung der bisherigen deutschen Entwicklung, namentlich was die Flüsse betrifft, nicht zu verkennen ist.

Für die damaligen Juristen hat das extra commercium esse nicht mehr die Bedeutung wie im römischen Recht. Sicher ist ja, daß nicht alles von der römischen Lehre der res extra commercium lebensfähig und praktisch verwertbar ist in dieser Zeit, besonders bezüglich der öffentlichen Flüsse, aber die damalige Wissenschaft hat wohl unter dem Einfluß der staatlichen Verhältnisse an den Grundprinzipien der res extra commercium selbst nicht mehr festgehalten. Waren im römischen Recht die viae publicae und flumina publica nur extra commercium, weil sie dem populus Romanus als solchen gehörten, und waren sie wegen dieser Zugehörigkeit dem öffentlichen Recht unterworfen, so wird jetzt das Kriterium des extra commercium esse darin erblickt, daß an den Sachen, welche diese Eigenschaft haben, mit Rücksicht auf ihre Bestimmung dem Gemeingebrauch zu dienen, diejenigen Privatrechte nicht erworben werden können, die im Widerspruch mit dem usus publicus stehen. Das extra commercium esse ergibt sich jetzt nicht mehr aus der Zugehörigkeit der öffentlichen Wege und Flüsse an den Staat von selbst, sondern aus einem überkommenen Rechtssatz des gemeinen Zivilrechts. Das ist aber ein anderer Sinn als im römischen Recht und ist das Ergebnis der polizeistaatlichen Entwicklung.[5])

Das preußische Allgemeine Landrecht teilt nun in Teil II. 14. Titel §§ 1 und 21 das Eigentum des Staates ein in gemeines Eigentum und in besonderes oder fiskalisches und rechnet zu dem ersteren gemäß § 21 die Land- und Heerstraßen, die von Natur schiffbaren Flüsse, Ufer des Meeres und Häfen.

Dieselbe Unterscheidung macht auch das bayrische Landrecht II. 1, 5.

Was bedeutet es aber, wenn die Land- und Wasserstraßen im „gemeinen Eigentum des Staates" stehen?

Sicher ist, daß man bei Erlassung der Bestimmung: öffentliche Wege und Flüsse stehen im gemeinen Eigentum des Staates, das

[5]) Archiv für öff. Recht, Bd. XVI, S. 46.

französische Vorbild des domain public vor Augen hatte, aber die Konsequenzen, welche diese Bestimmung für das französische Recht zur Folge hatte, waren damit noch nicht adopiert, dazu war, wie später zu zeigen ist, der Staat noch nicht reif.

„Gemeines Eigentum" bedeutet in jener Zeit und auch späterhin noch wahres Staatseigentum, das sich vom fiskalischen Eigentum nur dadurch unterscheidet, daß die im gemeinen Eigentum stehenden Sachen partiell dem Verkehr entzogen sind, d. h. daß an ihnen Privatrechte, die mit ihrer Bestimmung unvereinbar sind, nicht erworben werden können.[6])

Galt bezüglich der öffentlichen Wege diese Auffassung uneingeschränkt und ohne Bedenken (vgl. die bei Dernburg, Rechtsgutachten S. 7, angeführten Schriftsteller), so war dies bei den öffentlichen Flüssen nicht in gleichem Maße der Fall.

Man sollte allerdings meinen, daß nach Feststellung des Begriffes „gemeines Eigentum" als wirkliches Staatseigentum kein Streit mehr hätte entstehen können, wie das „gemeine Eigentum" an den öffentlichen Flüssen zu dieser Zeit aufzufassen wäre, zumal sowohl das preußische wie das bayerische Landrecht die öffentlichen Wege und Flüsse ungetrennt und ungeschieden als im gemeinen Eigentum des Staates stehend nebeneinander stellen und auch die übrigen deutschen Staaten, wo derartige gesetzliche Bestimmungen nicht vorhanden waren, aller Theorie zum Trotz noch immer ihre Rechte in Beziehung auf die öffentlichen Flüsse wie Eigentümer ausübten, wenn auch gegen früher nicht mehr das fiskalische Interesse allein maßgebend war, sondern das Interesse für das Gemeinwohl mehr und mehr in den Vordergrund trat.

Der Streit datiert schon von früher her. Er ist schon im 16., dann besonders im 17. und 18. Jahrhundert unter dem Einfluß des römischen Rechts zwischen den Verteidigern und Verbreitern der Regalitätslehre und den Hof- und Fiskaljuristen einerseits und den Romanisten andererseits entbrannt.

Die ersteren sprachen dem Fürsten und später dem Staat ein fiskalisches Eigentum zu und folgern dies, wie schon oben gezeigt, aus den durch die Jahrhunderte geheiligten Königsrechten, den Regalien.

[6]) Wappäus a. a. O., S. 75; Hirsekorn a. a. O., S. 52; Dernburg, Rechtsgutachten, S. 7.

Für sie bedeutet daher die gesetzliche Bestimmung, die öffentlichen Flüsse stehen im gemeinen Eigentum des Staates, den natürlichen Abschluß.[7])

Die Romanisten dagegen behaupten, daß die öffentlichen Flüsse dem öffentlichen Gebrauch von Natur hingegeben und dem Privatrecht entzogen seien. Das Eigentum beruhe notwendig auf der Möglichkeit des Besitzes, ein solcher sei aber an einem flumen publicum nicht denkbar. Wenn auch regale Nutzungsrechte dem Fürsten oder Staat zustünden, so seien das Berechtigungen, welche an und für sich im Gemeingebrauch enthalten sein sollten, aber aus historischen Gründen den Regierungen zustünden; wie aber der Gemeingebrauch kein Recht an der Sache sei, so seien auch die Regalien kein Recht a n dem Gegenstand, sondern nur ein ganz spezielles Recht in Beziehung auf einen gewissen mittels des Gegenstandes zu erzielenden Nutzen, ein Recht auf einen speziellen Gebrauch des Rechtsobjekts. Die Regalrechte, die sich auf den Gebrauch ständig fließender Gewässer bezögen, widerstreiten als solche der natürlich-rechtlichen Eigenschaft dieser Gegenstände, ihr Rechtsgrund sei nur ein historisch zufälliger. Die natürlichen Folgen, aus der Eigenschaft der beständig fließenden Gewässer als res publicae würden das Regelmäßige bilden, die Folgen der Regalität das anomale Recht, jene das jus commune, diese das jus singulare. Alle Rechte aber, welche außer den Regalien dem Staat in Bezug auf die öffentlichen Flüsse zustünden, würden schon aus seiner territorialen Souverenität fließen, würden einen Bestandteil seines allumfassenden Oberaufsichtsrechts bilden.[8])

Den Verteidigern dieser Ansicht waren natürlich die Bestimmungen des preußischen und bayerischen Landrechts: schiffbare d. h. öffentliche Flüsse stehen im gemeinen Eigentum des Staates, ein Dorn im Auge und verlangten sie durch keine fiskalischen Sonderrechte beschränkte altrömische Freiheit der öffentlichen Flüsse.[9]) Doch der Staat kümmerte sich nicht darum, ob ihm nur ein Hoheitsrecht oder das umfassende Eigentumsrecht zugeschrieben wurde, er übte eben entsprechend seiner

[7]) Wappäus a. a. O., S. 77; Hirsekorn a. a. O., S. 59; Weiske, Rechtslexikon, Bd. XVI, S. 121.

[8]) Weiske a. a. O., S. 127 ff.; Wappäus a. a. O., S. 78 ff.; Schwab im Arch. f. c. Pr., XXX, Beilageheft, S. 66; Stobbe, Handbuch des dtsch. Privatrechts, Bd. I, § 64.

[9]) Müller a. a. O., S. 29 ff.

Pflicht, die Interessen der Allgemeinheit wahrzunehmen, bezüglich der öffentlichen Wasserwege seine Macht aus und ließ sich darin von niemand beirren.

Ist es aber überhaupt etwa unjuristisch und mit dem Wesen der öffentlichen Flüsse unvereinbar, daß dem Staat *Eigentum* daran zugeschrieben wird?

Gegen die umfassende Macht des „Eigentums" an den Flüssen ist nichts einzuwenden, da ja, wie noch zu zeigen ist, das *Fließen* des Wassers keinen Hinderungsgrund dafür bilden kann, wohl aber ist Stellung zu nehmen gegen die Auffassung dieser rechtlichen Macht als „Privateigentum". Letzteres gilt auch für die Landstraßen.

Bis ins 19. Jahrhundert freilich lag es in den staatlichen Verhältnissen begründet, daß der Staat, der als obrigkeitliche Macht in rechtliche Verhältnisse zu den Untertanen nicht treten konnte, sich damit half, daß er neben sich den Fiskus als besondere juristische Person stellte, ihm das Privateigentum an Wegen und Flüssen zuwies und so mittelbar in rechtliche Beziehungen zu den Untertanen trat, dazu kam ferner, daß die öffentlichen Wege und Flüße als fiskalische Einnahmequellen benutzt wurden und nicht *der* Begriff mit ihnen verbunden wurde, der heute gilt, wenn Land- und Wasserstraßen in Frage stehen.

Doch die großen Umwälzungen, welche im 19. Jahrhundert die staatlichen Verhältnisse umgestalteten, sollten gar bald eine Aenderung bringen. Und wohin sollte diese gehen? Die beiden hier in Betracht kommenden Richtungen sind schon angedeutet worden: einmal mußte der Staat als solcher, als obrigkeitliche Macht sich dem Rechte unterwerfen, sodann mußte er zur Ueberzeugung gelangen, daß öffentliche Land- und Wasserstraßen keine bloßen fiskalischen Einnahmequellen bilden, sondern eben Sachen, denen der Staat im Interesse einer geordneten Verwaltung, des Zieles jeder Staatstätigkeit, seine ungeteilte Aufmerksamkeit zu widmen hat, ohne ein anderes Aequivalent dafür zu haben als eben das Bewußtsein, seine Pflichten und Aufgaben zu erfüllen.

II. Abschnitt: Der moderne Staat und das Eigentum an öffentlichen Land- und Wasserstraßen.

§ 11. 1.) Wesen des modernen Staates.

Der Staat war bisher absolutistischer- oder Polizeistaat, für ihn gab es keine rechtlichen Schranken, er konnte tun und lassen, was er wollte. Sollte darum eine Aenderung eintreten, so mußte die Staatsgewalt in rechtliche Schranken gebracht werden, innerhalb deren dann auch rechtliche Beziehungen zwischen Staat und Untertanen möglich waren. Dieses brachte der sogenannte Rechtsstaat.

Rechtsstaat ist ein Staat", sagt Gierke (Ztschr. f. Stw. Bd. 30 S. 13) „der sich nicht *über*, sondern *in* das Recht stellt". Wo immer der Staat als obrigkeitliche Gewalt bei seiner Tätigkeit auf andere Rechtssubjekte trifft, da soll, so verlangt es die Idee des Rechtsstaates, eine rechtliche Ordnung bestehen, oder wie Stahl (Rechts- und Staatslehre II S. 137) sich ausdrückt: soll der Staat „die Bahnen und Grenzen seiner Wirksamkeit wie die freie Sphäre seiner Bürger *in der Weise des Rechts* genau bestimmen und abgrenzen". Wohl bleibt auch im Rechtsstaat eine unbedingte Uebermacht der Staatsgewalt bestehen, und ist nicht etwa der Gang der Entwicklung der, daß wieder *neben* einander bestehende Hoheitsrechte in die Erscheinung treten und die Schranken der Bewegungsfreiheit für die Tätigkeit des Staates bilden. Das neue beruht darauf, daß die Staatsgewalt in eine *feste rechtliche Ordnung* gebracht wird.[1])

Diese Idee des Rechtsstaates ist keine spezifisch deutsche Eigentümlichkeit, sie ist, worauf hier nicht näher einzugehen ist, dem französischen Staatsrecht entnommen und hält ihren Einzug in den deutschen Landen zugleich mit dem konstitutionellen System. Der gleichbedeutende Gebrauch des Ausdrucks Rechtsstaat und Verfassungsstaat[2]) deutet auf letztere Tatsache hin. Freilich *mit* der Erlassung der Verfassungen ist das, was das Charakteristische des Rechtsstaates ausmacht, noch nicht vollständig gegeben, es mußte sich erst nach und nach bilden und ausbauen.

War aber mit dem Einzug der Idee des Rechtsstaates zugleich die Tatsache gegeben, daß der Staat als solcher, als obrigkeitliche Ge-

[1]) Mayer a. a. O., Bd. I, S. 53 ff.
[2]) v. Stein, Verwaltungslehre; Gareis, Allg. Staatsrecht; Seydel, Bayr. Staatsrecht.

walt, in rechtliche Beziehungen zu den Untertanen trat, so war jetzt auch das Hindernis beseitigt, das im Polizeistaat eine Scheidung des Staates in: eigentlichen Staat und Fiskus bewirkt hatte. Der Staat wird jetzt als Einheit gedacht, der Fiskus als eine neben dem Staat stehende besondere juristische Person hat keinen Raum mehr. Der Staat ist jetzt in einer Person sowohl Privatperson wie Person des öffentlichen Rechts und kommt es nur auf die Beziehungen an, in welche der Staat zu den Einzelnen tritt. Gehören sie dem Privatrecht an, so muß sich der Staat auch dem Civilrecht unterwerfen, tritt andererseits der Staat als obrigkeitliche Gewalt mit den Untertanen in rechtliche Beziehungen, so kommt das hiefür neu gebildete Recht, das öffentliche Recht, zur Anwendung.

Für die Lehre von dem Eigentum an den öffentlichen Land- und Wasserstraßen kommt nun alles darauf an, zu bestimmen, welchem Recht sich der Staat bezüglich dieser Sachen unterwerfen soll, ob er als Privateigentümer aufzufassen ist oder seine Macht den öffentlichrechtlichen Normen untersteht.

Diese Frage hängt aber notwendigerweise mit der zusammen, welchen Charakter die Land- und Wasserstraßen durch die Umgestaltung der staatlichen Verhältnisse und der daraus folgenden schärferen Auffassung der Rechte und Pflichten des Staates erfahren haben und läßt sich nur im Zusammenhalt mit ihr beantworten. Darum ist zunächst die Frage nach dem Begriffe der öffentlichen Land- und Wasserstraßen näher ins Auge zu fassen.

§ 12. 2.) Der heutige Begriff der öffentlichen Land- und Wasserstraßen.[1])

Schon im Mittelalter wurde die Herstellung und Unterhaltung von Landstraßen als eine Aufgabe des Staates betrachtet und auch die Fürsorge für die Wasserstraßen galt als eine Pflicht der Obrigkeit. Bei dem Mangel einer starken Regierung im Reich und der daraus folgenden ungenügenden Beaufsichtigung übten jedoch, wie oben gezeigt, die Landesherrn die ihnen über öffentliche Straßen und Flüsse zustehen-

[1]) v. Stein, Handbuch der Verwaltungslehre, II. Bd., S. 343 ff. u. 293 ff.; Loening, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, S. 564 ff.; Georg Meyer, Lehrbuch des dtsch. Verw.-Rechts, S. 509 ff.; v. Stengel, Wörterbuch, II. Bd., S. 875 ff.; Holtzendorffs Rechtslexikon, Bd. III, S. 1295 ff., Seydel, Bayer. Staatsrecht, Bd. III, 253 ff. u. 297 ff.

den Rechte wesentlich im fiskalischen Interesse aus und kümmerten sich nicht darum, ob die öffentlichen Land- und Wasserstraßen als Verkehrsmittel tatsächlich ihren Zweck erfüllten. So finden sich denn auch dieselben fast überall in einem überaus schlechten Zustand. Im 16. Jahrhundert trat allerdings in dieser Beziehung eine Besserung ein, aber während des 30jährigen Krieges gerieten dann die Landstraßen wieder in Verfall und es brauchte lange Zeit sie wieder in einen besseren Zustand zu setzen. Die Klagen waren so allgemein, daß ein Reichsschluß vom 31. August 1668 den Landesherrn die Unterhaltung der Land- und Wasserstraßen, Brücken und Leinpfade ausdrücklich anbefahl.[2]) Doch erst um die Mitte des 18. Jahrhundert trat ein entscheidender Fortschritt ein, indem die größeren Territorialherrn der Verbesserung der öffentlichen Land- und Wasserstraßen energischer als früher sich annahmen.

Grund dafür war das entstehende Verhältnis für die Volkswirtschaft. Diese stellte neue Forderungen bezüglich der öffentlichen Land- und Wasserstraßen auf und führte so zu einer neuen Auffassung des öffentlichen Wegewesens. Man beginnt jetzt den wirtschaftlichen Wert der Wege und Flüsse als Verkehrsmittel zu begreifen und damit ist auch die Forderung nach guten Wegeverhältnissen gegeben. Hand in Hand damit entwickelt sich auch im Interesse eines geordneten Verkehrs die Wegepolizei und entstehen Wegeordnungen in großer Anzahl.

Doch erst mit dem Beginne des 19. Jahrhunderts sollte die systematische Auffassung der Land- und Wasserstraßen als einer allgemeinen Anstalt sich vollziehen. Zwar bestimmt schon im 14. Jahrhundert das Allg. preuß. Landrecht sowohl als auch das bayerische Landrecht, daß die Land- und Wasserstraßen als res publicae, als Sachen, die jedermann gebrauchen darf (bayer. Landrecht II, 1,5), auf denen der freie Gebrauch zum Reisen jedermann gestattet ist. (Allg. pr. L.-R. II 15,2), aufzufassen seien, trennten auch die öffentlichen Land- und Wasserstraßen von den fiskalischen und änderten damit — theoretisch wenigstens — Grundgedanken und Zweck dieser Einrichtungen, aber in der praktischen Handhabung zeigen sie doch immer noch die alten Formen. Auch jetzt üben die Grundherren immer noch die voll-

[2]) Loening a. a. O., S. 567, Anm. 2; Georg Meyer a. a. O., S. 513, Anm. 13.

ziehende Gewalt über die in ihrem Gebiete befindlichen Land- und Wasserstraßen in wesentlich selbstischer Weise aus und die Oberaufsicht des Staates war fast immer eine nominelle.

Erst die Volksvertretungen geben den Anstoß zu organischen Wege- und Wassergesetzen, welche den veränderten wirtschaftlichen Verhältnissen nach allen Richtungen hin entsprechen und dem öffentlichen Wegewesen die ihm entsprechende Form geben. Nunmehr besteht das Wesen der öffentlichen Land- und Wasserstraßen einzig und allein darin dem allgemeinen Wohl, den Bedürfnissen des allgemeinen Verkehrs zu dienen, Land- und Wasserwege werden jetzt in Wahrheit *ausschließlich* Hilfsmittel des wirtschaftlichen Verkehrs.

Diesen zu fördern und damit dem Wegewesen immer diejenige Gestalt und Ordnung zu geben, welche die Volkswirtschaft als die Bedingungen des allgemeinen Verkehrs fordert, ist aber Aufgabe des Staates. Damit kommen nun die Land- und Wasserstraßen für das Recht der inneren Verwaltung in Betracht, jener Staatstätigkeit, die der Verwirklichung der wirtschaftlichen und kulturellen Zwecke dient. Anders ausgedrückt: Der Staat hat die Aufgabe für die Herstellung und Erhaltung der ordentlichen Verkehrswege zu sorgen, weil der Verkehr für die gesamte Kulturentwicklung eines Volkes ein notwendiger Faktor ist. Mitbestimmend mochte neben den veränderten wirtschaftlichen Verhältnissen, besonders in jenen bewegten Zeitläuften, wohl auch der *militärische Zweck* für die maßgebenden Faktoren gewesen sein, ein geordnetes und geregeltes Wegewesen zu erhalten. Sollen militärische Maßnahmen ungehindert und erfolgreich durchgeführt werden, eine Hauptbedingung dazu wird es für ein Land immer sein, daß für gute Straßen Sorge getragen ist.

Der Charakter der öffentlichen Land- und Wasserstraßen hat sich aber damit gegen früher, wo Straßen und Flüsse nur als fiskalische Einnahmequellen angesehen wurden, geändert. Sie haben jetzt den ausschließlichen Zweck den Volksinteressen zu dienen und werden, weil es als Aufgabe des Staates angesehen wird solche Einrichtungen zu schaffen, Gegenstand des *Verwaltungsrechts*, werden als eine Erscheinung der Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung *öffentliche Anstalten*.[3])

[3]) Meyer Georg a. a. O., S. 95 und 514; Mayer Otto a. a. O., II, S. 308 ff., Seydel a. a. O., Bd. III, S. 297; Archiv für öff. Recht, Bd. XVI, S. 17, Note 10.

Diese Wandlung des Charakters der öffentlichen Land- und Wasserstraßen ist heute allgemein anerkannt, dennoch besteht aber Streit darüber, nach welchem Recht sich die rechtliche Macht an derlei Einrichtungen regelt, während es doch ganz natürlich ist, daß die Anstaltseigenschaft der öffentlichen Land- und Wasserwege auch die Rechtsverhältnisse derselben und besonders die rechtliche Macht des Staates in rechtlicher Beziehung gänzlich umformen und dem Verwaltungsrechte, dem öffentlichen Rechte zuweisen mußte. Mit dem Charakter eines Rechtsguts ändert sich eben immer auch sein Recht und diese Aenderung ist für die öffentlichen Land- und Wasserstraßen darin zu erblicken, daß jetzt nicht mehr der Staat als Fiskus diese Sachen für seine Zwecke beherrscht, sondern daß die öffentliche Gewalt diese Sachen selbst erfaßt und sie als solche für das Gemeinwohl beherrscht.[4])

Wenn diese aus der Natur der Sache und der heutigen Staatsidee sich ergebende, später noch zu rechtfertigende Auffassungsweise nicht allgemein anerkannt ist, vielmehr die Ansicht herrscht, daß auch heute noch der Staat als Fiskus Eigentümer der öffentlichen Land- und Wasserstraßen sei, so ist der Grund dafür einerseits darin zu erblicken, daß die alte, dem Polizeistaat eigentümliche Fiskustheorie noch nicht ganz überwunden ist, andererseits aber auch darin, daß der Begriff, „öffentliche Sache" eine Gestaltung erfahren hat, die ihre Eigenart, wie sie das römische Recht zur Anschauung gebracht hat, nicht mehr erkennen läßt.

Auf diesen Begriff ist darum hier noch näher einzugehen, da ja die öffentlichen Land- und Wasserstraßen von jeher als die typischen Beispiele von öffentlichen Sachen gelten und darum auch die Rechtssätze über die öffentlichen Sachen für die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Land- und Wasserstraßen maßgebend sind.

§ 13. 3.) Die öffentlichen Land- und Wasserstraßen als „öffentliche Sachen" und das Wesen der öffentlichen Sachen.

Bekanntlich zerfällt das Staatsvermögen nach herrschender Lehre in drei Bestandteile: in das Fiskalgut, das Verwaltungsvermögen und die öffentlichen Sachen. Zum Verwaltungsvermögen gehören alle Sachen, welche dem Staat unmittelbar zur Erfüllung seiner Aufgaben

[4]) Archiv f. öff. Recht, XVI, 47.

dienen, während das Fiskalgut nur mittelbar durch seinen Geldwert oder Ertrag zur Bestreitung des Staatsaufwands dient. Als öffentliche Sachen dagegen bezeichnet man solche, welche dem Verwaltungszweck dadurch dienen, daß sie dem gemeinen Gebrauch überwiesen sind.

Die Lehre von den öffentlichen Sachen findet nun fast durchweg in den civilrechtlichen Systemen ihren Platz und ist in den hervorragendsten Darstellungen des öffentlichen Rechts einfach bei Seite geschoben,[1]) während es doch sicher ist, daß der Begriff „öffentliche Sache" überhaupt kein zivilrechtlicher, sondern ein öffentlichrechtlicher, genauer gesagt verwaltungsrechtlicher Begriff ist.

Georg Meyer, Verwaltungsrecht II S. 181 unterscheidet das Staatsvermögen in Verwaltungs- und Finanzvermögen und setzt hinzu: Ein Bedürfnis neben diesen zwei Arten des Staatsvermögens noch eine dritte Klasse, die öffentlichen Sachen, anzunehmen besteht nicht, da diese sich durchaus dem Begriffe des Verwaltungsvermögens unterordnen."

v. Stengel dagegen trennt die öffentlichen Sachen von dem Verwaltungsvermögen und zwar deshalb, weil sie der allgemeinen Benutzung unterliegen.

Wenn nun, wie aus letzterer Meinung hervorgeht, der Gemeingebrauch, das einzige Kriterium sein sollte, welches das Wesen der öffentlichen Sachen ausmacht, dann ist Georg Meyer völlig Recht zu geben, daß für eine besondere Ausscheidung der öffentlichen Sachen aus dem Verwaltungsvermögen kein Anlaß besteht. Es vermag eben die Tatsache, daß eine Sache dem Gemeingebrauch unterliegt, eine rechtliche Besonderheit von vornherein nicht zu begründen. Der Gemeingebrauch kann eine Sache zu einer öffentlichen nicht stempeln, sonst müßten auch die Privatwege, die tatsächlich dem allgemeinen Verkehr offen stehen, öffentliche Sachen sein.

Will man darum mit dem Begriff „öffentliche Sache" einen ernsthaften juristischen Begriff ausdrücken, so muß der Grund anderswo zu suchen sein. Mayer a. a. O. II. S. 72 sagt mit Recht: „Res publicae sind uns res publici juris, das will sagen: Sachen,

[1]) Vgl. z. B. G. Meyer, Verw.-Recht, II, S. 181. Laband, Dtsch. Staatsrecht, II, § 113; Seydel, II, S. 390; s. dagg. Otto Mayer a. a. O., II. S. 71 ff.; v. Stengel, Lehrb. des dtsch. Verw.-Rechts.

welche um ihrer Zweckbestimmung willen in einer rechtlichen Herrschaft stehen, die nach öffentlichem Recht zu beurteilen ist".

Welches ist nun der Grund für eine solche öffentlichrechtliche Herrschaft und der hieraus folgenden Trennung der öffentlichen Sachen von dem Verwaltungsvermögen?

Wohl dienen beide, sowohl das Verwaltungsvermögen wie die öffentlichen Sachen, dazu, Aufgaben des Staates unmittelbar zu erfüllen, aber die Art und Weise, wie dies die öffentlichen Sachen tun, bringt eine besonders geartete rechtliche Macht über diese Sachen mit sich. Während bei dem Verwaltungsvermögen die einzelnen Sachen an sich die Tätigkeit, welche der Staat mit ihnen bezwecken will, allein nicht leisten können, sondern immer noch eine Tätigkeit von Personen oder Behörden in Mitte liegen muß, welche das mit dem Verwaltungsvermögen Bezweckte tatsächlich leisten, erfüllen die öffentlichen Sachen ohne weiteres Zutun des Staates, also von selbst, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung, welche diese mit ihnen erreichen will.

Sobald eine Straße vorhanden und dem Verkehr übergeben ist, erfüllt sie ohne weiteres, von selbst, eine Aufgabe der Verwaltung, nämlich für einen geordneten Verkehr zu sorgen, wenn aber z. B. ein Gerichtsgebäude fertiggestellt und in Dienst gestellt ist, ist damit nicht auch schon für eine geordnete Rechtspflege das Erforderliche getan. Darum kann der Staat als Fiskus gar wohl das Gerichtsgebäude zu Privateigentum haben und berührt das die Rechtspflege ganz und gar nicht, anders aber bei einer öffentlichen Sache. Wenn der Staat Eigentümer der öffentlichen Sache ist, so verbindet sich mit dieser seiner Herrschaft zugleich auch die öffentliche Verwaltung. Besitzt der Staat öffentliche Land- und Wasserstraßen so hat er sie heute nur deshalb, weil die gute Ordnung des Gemeinwesens es verlangt, daß für einen geordneten Verkehr gesorgt wird; diese Aufgabe erfüllen aber die öffentlichen Land- und Wasserstraßen, wenn sie vorhanden sind, von selbst, darum ist im Besitze solcher Sachen zugleich die öffentliche Verwaltung enthalten.

Somit sind „öffentliche Sachen" alle diejenigen, welche einem bestimmten öffentlichen Zwecke, dessen Erfüllung im Interesse einer guten Ordnung des Gemeinwesens unumgänglich nötig ist, zu dienen bestimmt sind, diesen Zweck unmittelbar durch ihr bloßes

Vorhandensein erfüllen und mit Rücksicht darauf in einer öffentlichrechtlichen Herrschaft der Subjekte der öffentlichen Verwaltung stehen.[2])

Was von den öffentlichen Sachen im allgemeinen gilt, muß aber auch von deren typischen Beispielen, den öffentlichen Land- und Wasserstraßen im besonderen gelten und darum stehen diese im öffentlichen Eigentum, was noch im Einzelnen nachzuweisen ist.

Vorher ist aber noch folgender Frage näher zu treten.

Steht mit der Tatsache, daß die öffentlichen Land- und Wasserstraßen als öffentliche Sachen ihre Zwecke ohne weiteres Zutun des Staates oder einer seiner Behörden, also von selbst erfüllen, die obige Bezeichnung der Land- und Wasserstraßen als „Anstalten" im Widerspruche?

Die Hereinziehung dieser Frage ist um deswillen nötig, weil sonst vielleicht, je nachdem man sich zu dem Begriffe „Anstalt" verhält, gegen die hier vertretene Auffassung des Herrschaftsrechts an den in Frage stehenden Sachen aus dem Anstaltsbegriff heraus Folgerungen gezogen werden könnten.

In seiner „Theorie des französischen Verwaltungsrechts" S. 225 sagt Otto Mayer: „Staatliche Mittel, sächliche wie persönliche, welche zur Erfüllung je eines gewissen öffentlichen Zweckes bestimmt und vereinigt sind, bilden je eine öffentliche Anstalt (service public)". Dasselbe sagt Otto Mayer in seinem „Deutschen Verwaltungsrecht" 2 Bd. S. 318: „Die öffentliche Anstalt ist ein Bestand von Mitteln, sachlichen wie persönlichen, welche in der Hand eines Subjekts der öffentlichen Verwaltung einem bestimmten öffentlichen Zweck dauernd zu dienen bestimmt sind". Derselbe Gedanke findet sich auch in der neueren Schrift desselben Verfassers „Schiffahrtsabgaben" S. 26.

Nach Jellinek (System der subjektiven öffentlichen Rechte 2. Aufl. S. 224) werden „individuell bestimmten Verwaltungszwecken gewidmete Verwaltungsmittel zur staatlichen Anstalt".

Seydel (Bayerisches Staatsrecht 2. Aufl. II Bd. S. 627 f.) sagt, der Begriff Anstalt „bezeichnet alle bleibenden Einrichtungen zur Erfüllung bestimmter Zwecke".

---

[2]) Mayer a. a. O., II, S. 71 ff; Kisch Elsaß-Lothr. Landesprivatrecht S. 379 ff.

Nach diesen Aussprüchen ist für den Begriff Anstalt wesentlich, daß irgendwelche staatliche Mittel, sächliche wie persönliche, einem individuell bestimmten Zwecke gewidmet sind und diesen Zweck erfüllen. Wie das nun geschieht, ob durch Bedienung, wie z. B. bei den Verkehrswegen, oder ob die Sache von selbst, wie z. B. die Land- und Wasserstraßen, ihren Zweck erfüllen, lassen die ebengenannten Rechtslehrer außer Betracht und halten darum die Art und Weise der Erfüllung des Zweckes nicht für ein Kriterium des Begriffes Anstalt.

Die öffentlichen Land- und Wasserstraßen können aber hiernach unbedenklich als „Anstalten" erachtet werden, denn der Begriff „Anstalt" ist darnach gewissermaßen ein neutraler und kann sowohl öffentliche Sachen wie Sachen des Verwaltungsvermögens begreifen, so daß aus dem Begriff „Anstalt" keineswegs Folgerungen gegen die hier vertretene Auffassung des Herrschaftsrechts an Land- und Wasserstraßen gezogen werden können.

Sofort ändert sich aber die Sachlage, wenn man der neuerdings von Piloty in seiner Schrift: „Das Recht der Schiffahrtsabgaben in Deutschland" vertretenen Anschauung vom Begriffe „Anstalt" beitritt.

Auf S. 36 a. a. O. führt Piloty folgendes aus: Die Definitionsversuche Jellineks, Mayers und Seydels befriedigen indes nicht vollständig. Sie bereiten die Grundlage, aber es fehlt ihnen allen noch etwas, was m. E. dem Anstaltsbegriffe wesentlich ist.

Dies scheint mir Folgendes sein. Ein bestimmter „individualisierter" Zweck muß immer vorliegen. Individualisierung heißt hier dauernde Verbindung bestimmter Mittel mit bestimmtem Zweck. Auch scheint mir nötig die Verbindung sachlicher Mittel mit einer der Sach- und Zweckgemeinschaft gewidmeten Bedienung. Die Bedienung bildet das unentbehrliche persönliche Element. Sie braucht nicht gerade immer in Aktion zu sein, aber sie darf doch nie völlig fehlen".

Somit ist nach Piloty eine Anstalt im Sinne der öffentlichen Verwaltung nur die für einen bestimmten Verwaltungszweck hergestellte und verwendete Verbindung durch regelmäßige menschliche Kraftbedienter sachlicher Mittel".

Darnach wären also die öffentlichen Land- und Wasserstraßen keine „Anstalten„ im Sinne der öffentlichen Verwaltung, weil bei

ihnen ein wesentliches Kriterium für diesen Begriff fehlt, nämlich die Bedienung durch menschliche Kraft. Für die öffentlichen Wasserstraßen, soferne sie nicht künstlich angelegt sind, verneint darum auch Piloty in seiner zitierten Schrift die Eigenschaft als öffentliche Anstalten. Auf Seite 46 a. a. O. heißt es: „Da das natürliche Fahrwasser, insbesondere der Fluß selbst, nicht Anstalt ist, so ist auch alles, was nur den Fluß als solchen, sein Bett, seine Ufer, die Fahrrinne usw. angeht, nicht Anstalt. . . . .“

Mag man sich nun zu der einen oder anderen Theorie bekennen, für unsere Frage ist es jedenfalls gleichgiltig, welcher man sich anschließt. Die erstere Theorie hätte freilich für unsere Frage vor der zweiten voraus, daß unter den Anstaltsbegriff sowohl öffentliche Sachen wie Sachen des Verwaltungsvermögens fallen können, während nach der zweiten Theorie nur Sachen bedienten Verwaltungsvermögens zu den Anstalten zu rechnen sind, nicht aber die öffentlichen Sachen, weil sie eben keine Bedienung erfordern, sondern höchstens Reparaturen.

Indessen kann man hier m. E. des „Begriffes“ Anstalt überhaupt entraten.

Wenn oben die öffentlichen Land- und Wasserstraßen als „Anstalten“ bezeichnet wurden, so geschah es nur, um darauf hinzuweisen, und das kann man sowohl als Verteidiger der einen wie der anderen Theorie, daß die hier in Frage stehenden öffentlichen Sachen doch heute sicherlich und unangefochten das leisten, was abstrakt genommen eine Anstalt im Sinne des Verwaltungsrechts leistet, oder anders ausgedrückt, der Begriff Anstalt hatte nur die Bedeutung, um damit kurz anzudeuten, daß die öffentlichen Land- und Wasserstraßen heute einem bestimmten öffentlichen Zweck gewidmet sind und diesen erfüllen. Gerade deswegen wird man aber den öffentlichen Land- und Wasserstraßen, auch wenn sie nicht bedient werden, zum mindesten ein anstaltsmäßiges Gepräge nicht aberkennen können.

Immerhin bleibt es hier gleichgiltig, ob man die in Frage stehenden Sachen unter den Begriff „Anstalt“ einrechnen will oder nicht.

Für uns kommt es ja nur einzig und allein darauf an, nachgewiesen zu haben, daß die Land- und Wasserstraßen heute im Gegen-

satz zu früher einen anderen Charakter und eine andere Bestimmung haben, daß sie heute das leisten müssen, was Anstalten im Sinne des Verwaltungsrechtes im allgemeinen zu leisten haben.

Erst von hier aus kommt dann die andere Tatsache in Betracht, daß sie von selbst, ohne weiteres Zutun des Staates oder einer seiner Behörden ihre Aufgaben erfüllen, was dann zur Folge hat, daß mit der Sachbeherrschung zugleich die öffentliche Verwaltung sich verbinden muß und mit Rücksicht darauf die Sachbeherrschung keine privatrechtliche, sondern nur eine öffentlichrechtliche sein kann.

Den Kern der Erscheinung bildet diese besondere, nach öffentlichem Recht zu beurteilende Herrschaft der Subjekte der öffentlichen Verwaltung, keineswegs andere Merkmale wie etwa der Gemeingebrauch. Wenn auch die Sachen im Gemeingebrauch die typischen Beispiele öffentlicher Sachen sind, so darf man dies doch nicht dahin übertreiben, daß man den Gemeingebrauch als ein wesentliches Merkmal des Begriffs „öffentliche Sache" auffaßt.

„In Wahrheit ist er nur die unverkennbarste Art der Bekundung, daß die Sache durch ihre Beschaffenheit geeignet ist, eine öffentliche Sache in dem festgesetzten Begriffe zu sein. Der Eigentümer hat nichts zu tun, als sie dem Gemeingebrauch offen zu halten; dann dient sie diesem und damit dem öffentlichen Interesse von selbst, er aber übt durch sie unmittelbar die öffentliche Verwaltung, zu welcher er berufen ist." (Mayer a. a. O. II. S. 76).

Auch ohne dem Gemeingebrauch zu dienen, kann eine Sache eine „öffentliche" sein z. B. Festungen, maßgebend ist immer die öffentlich rechtliche Herrschaft, damit eine Sache die Eigenschaft einer „öffentlichen Sache" erlange.

Wie bereits dargetan wurde, hat der Staat im Interesse einer geordneten Verwaltung des Gemeinwesens für einen geordneten Verkehr zu sorgen und dienen diesem Zwecke die öffentlichen Land- und Wasserstraßen. Da diese aber von selbst, durch ihr bloßes Vorhandensein diese Verwaltungsaufgabe des Staates erfüllen, so verbindet sich notwendigerweise mit der Herrschaft über sie die öffentliche Verwaltung und ist dann diese Herrschaft eine öffentlichrechtliche, weil eben die Beziehungen der Subjekte der öffentlichen Verwaltung, welche sie mit Einzelnen von hier aus anknüpfen, nur dem Rechte angehören können, das für die Verwaltung als solche gilt.[3])

[3]) Mayer a. a. O., I, S. 141 f.

Selbstverständlich wird nun die Verwaltung ihre Zwecke und Aufgaben immer am besten erreichen, wenn sie ihre Herrschaft über die öffentlichen Sachen u n e i n g e s c h r ä n k t auszuüben vermag. Im Interesse einer guten und geordneten Verwaltung ist es darum notwendig, daß auch die öffentlichen Land- und Wasserstraßen im E i g e n t u m der Subjekte der öffentlichen Verwaltung stehen.[4]) Möglicherweise können ja andere Formen des Rechts an der Sache die Form des Eigentums ersetzen, um die Sache zu einer öffentlichen zu machen, z. B. eine Servitut, ja es ist sogar auch möglich, daß nur ein tatsächliches Verhältnis, der Besitz, gegeben ist, und dennoch eine öffentliche Sache vorliegt,[5]) das sind aber Ausnahmefälle und nur Zwischenstufen bis zur endlichen Erwerbung des Eigentums.

„Oeffentliche Sache" bedeutet darum noch nicht, daß zugleich mit ihr Eigentum für die Subjekte der öffentlichen Verwaltung gegeben ist. Soll freilich die Verwaltung ordnungsgemäß und gut geführt werden, dann ist es allerdings erforderlich, daß die öffentlichen Sachen auch dem zu Eigentum gehören, der die öffentliche Verwaltung führt und wird es darum immer das Bestreben der Verwaltung sein müssen Eigentum an den öffentlichen Sachen zu erlangen. Dieses Eigentum ist aber dann nicht Privateigentum, sondern öffentliches, d. h. nach öffentlichem Recht zu beurteilendes Eigentum. (Mayer a. a. O. II S. 84).

Da nun die Frage nach dem Eigentum an den öffentlichen Land- und Wasserstraßen erst gelöst erscheint, wenn auch das „öffentliche Eigentum", die dem heutigen Stande des Verwaltungsrechts entsprechende Form der Herrschaft an den öffentlichen Land- und Wasserstraßen, dargestellt ist, so ist im Folgenden zunächst auf das Wesen und den Begriff des „öffentlichen Eigentums" näher einzugehen und sodann, da der Begriff „öffentliches Eigentum" keineswegs allgemein anerkannt ist, die Wirklichkeit „öffentlichen Eigentums" an den öffentlichen Land- und Wasserstraßen noch nachzuweisen.

Zuvor soll aber noch kurz angedeutet werden, w e r als Subjekt der öffentlichen Verwaltung bei den öffentlichen Land- und Wasserstraßen in Betracht kommt.

[4]) Seydel a. a. O., Bd. III. S. 299; Meyer Gg. Verw.-Recht, II, S. 519.
[5]) Mayer a. a. O., II, S. 41 ff. S. 91. Viele Enteignungsgesetze geben z. B. die Möglichkeit einer vorläufigen Besitzergreifung ehe das Enteignungsverfahren durchgeführt ist, soferne nur das Unternehmen dringlich ist; hier folgt dann die Eigentumserwerbung nach.

§ 14. **4.) Die Eigentümer der öffentlichen Land und Wasserstraßen.**

In erster Linie ist es natürlich der Staat, der für den öffentlichen Verkehr zu sorgen hat und gehören ihm daher im Zweifelsfalle alle Land- und Wasserstraßen. Bezüglich der öffentlichen Flüsse ist das Eigentum des Staates in den Wassergesetzten ausdrücklich anerkannt.

Andere juristische Personen des öffentlichen Rechts können den Staat in dieser Rolle vertreten, das sind besonders die Gemeinden und zwar hauptsächlich die Kreis-, Bezirks- oder Distriktsgemeinden.

In Preußen sind Eigentum und Verwaltung sämtlicher Staatsstraßen auf die Provinzialverbände übergegangen, die ihrerseits wiederum die Verwaltung und Unterhaltung der ihnen überwiesenen Straßen den engeren Communalverbänden überweisen können.[1]) In Bayern können die Kreis- und Distriktsgemeinden[2]) die Anlage von Landstraßen beschließen und sind dann verpflichtet die Kosten der Herstellung und Unterhaltung zu tragen.

Nun kann es aber auch sein, daß der Staat bestimmt, daß Bau und Verwaltung von Chausseen, Kanälen und Brücken zum öffentlichen Gebrauch von Privatpersonen übernommen werden kann. Eine dahin gehende Bestimmung enthält z. B. die preußische Kabinetts-Ordre vom 21. Juli 1809, ergänzt durch die Verordnung vom 8. November 1834.

Bilden nun Chausseen, Brücken, Kanäle solcher Privatunternehmer ebenfalls „öffentliche Sachen?"

Loening a. a. O. S. 578 sagt: Die Chausseen etc. befinden sich im Privateigentum der Unternehmer aber sie sind öffentliche Wege. Das ist aber nicht ohne weiteres der Fall, denn der Gemeingebrauch vermag ja, wie des näheren erörtert wurde, eine Sache zu einer öffentlichen allein nicht zu stempeln. Wir wissen, daß eine Sache zur „öffentlichen" nur dann wird, wenn mit der Sachbeherrschung zugleich öffentliche Verwaltung sich verbindet. Sollen darum die Einrichtungen der Privatunternehmer ebenfalls öffentliche Sachen sein, so muß auch durch sie öffentliche Verwaltung geübt werden. Damit kommen wir aber in den Ideengang der Verleihung öffentlicher Unternehmungen, jenes Verwaltungsakts, durch den einem Unter-

[1]) Loening a. a. O., S. 575.

[2]) Gesetz vom 25. Mai 1852 über die Landräte Art. 15; Gesetz vom 28. Mai 1852 über die Distriktsräte Art. 27, 29 Art. 28 in der durch Gesetz vom 8. August 1878 Art. 48 gegebenen Fassung.

tanen Macht gegeben wird über einen Gegenstand der öffentlichen Verwaltung.[3])

Ohne Verleihung oder Concession wären die Einrichtungen von Privatunternehmern schwächliche Nachahmungen von Staatseinrichtungen, sie wären unsicheren Bestandes und willkürlichem Privatverfügungen ausgesetzt, sie wären also keine öffentlichen Sachen. Erst die „Verleihung" kann solche Einrichtungen zu öffentlichen machen, denn durch die Verleihung werden die besonderen Rechte und Pflichten des Unternehmers begründet, welche notwendig sind, um das Unternehmen zu einem öffentlichen zu machen, und ihm eine Gestalt verleihen, daß in dem Unternehmen zugleich die öffentliche Verwaltung erscheint.

So muß der beliehene Unternehmer besondere Befugnisse und Gewalten öffentlichrechtlicher Art Dritten gegenüber haben z. B. das Enteignungsrecht, das Recht der Polizei, der Gebührenerhebung usw. Der Unternehmer muß aber auch, sollen seine Einrichtungen „öffentliche Sachen" sein, in Wirklichkeit öffentliche Verwaltung üben, daher begründet die Verleihung zugleich die öffentlichrechtliche Pflicht des Unternehmers, das Unternehmen ins Werk zu setzen und durchzuführen. Kommt der Unternehmer seinen Verpflichtungen nicht nach, so ist er nötigenfalls durch Zwang dazu anzuhalten.[4])

Durch die „Verleihung" ist also dem beliehenen Unternehmer jedesmal die Macht gegeben eine Tätigkeit zu üben, die an und für sich zur öffentlichen Verwaltung des Staates gehört, eine Macht tätig zu werden, die abgeleitet ist vom Staat, als ein Stück der öffentlichen Verwaltung.

„Insofern" sagt Mayer a. a. O. II S. 295, 296, „hat die Stellung des beliehenen Unternehmers die größte innere Verwandschaft mit der des Selbstverwaltungskörpers. Hier wie dort handelt es sich um Tätigkeit eines Rechtssubjekts, das nicht der Staat ist und die doch als öffentliche Verwaltung gilt. Hier wie dort wird dieses Stück öffentlicher Verwaltung von dem dazu berufenen Rechtssubjekt geführt eigenen Namens und zu eigenem Recht, die daraus sich ergebende Ordnung für das Rechtsverhältnis nach außen, für das staatliche Aufsichtrecht usw. weisen eine ausgeprägte Uebereinstimmung auf. Der

[3]) Mayer a. a. O., II, S. 294 ff. 147.
[4]) Loening S. 578 a. a. O. Mayer a. a. O., II, 308 ff.

Unterschied liegt darin, daß dort das Rechtssubjekt von vornherein Kraft seiner Eigenschaft als juristische Person des öffentlichen Rechts dazu da ist, daß seine Tätigkeit öffentliche Verwaltung sei, hier aber die Ausstattung mit der Fähigkeit zu einem bestimmten Stück öffentlicher Verwaltung als eine äußere Zutat erhält durch einen besonderen Akt, der es ihm überträgt, die Verleihung".

Auf Grund des von der Verleihung geschaffenen Rechts, das öffentliche Unternehmen zu führen, entwickelt nun der beliehene Unternehmer seine Tätigkeit und sind seine Rechtsbeziehungen nach außen d. h. zu dritten Personen geradeso zu beurteilen, wie wenn der Staat oder ein Selbstverwaltungskörper dieses Unternehmen betreiben würde. Wie aber die Beziehungen dieser Rechtssubjekte, soferne es sich um öffentliche Sachen handelt, nur dem öffentlichen Recht angehören können, so sind sie auch als Folgen der Verleihung öffentlichrechtliche bei den beliehenen Unternehmern. Von hier aus ergibt sich aber dann, daß Land- und Wasserstraßen, auch wenn sie einem beliehenen Unternehmer gehören, öffentliche Sachen sind und im öffentlichen Eigentum stehen.[5])

5.) Oeffentliches Eigentum an den öffentlichen Land- u. Wasserstraßen.

§ 15. a) Begriff und Wesen des öffentlichen Eigentums.

Der Begriff, „öffentliches Eigentum" im Sinne von öffentlichrechtlichem Eigentum findet sich zuerst im französischen Recht.[1])

Der code civil trennt bereits das Rechtsinstitut Eigentum in domaine privé und domaine public. Er zählt in Art. 538 zu den im domaine public stehenden Sachen: Die schiffbaren und flößbaren Flüsse, den Meeresstrand, die öffentlichen Straßen, die Rheden, Häfen und Festungswerke und sagt von ihnen, daß es Sachen sind: qui ne sont pas susceptibles d'une propriètè privée.

Damit ist aber weder der Begriff noch auch der Umfang des domaine public schon gegeben, beides bestimmt sich vielmehr nach dem öffentlichen Recht, das allein Wesen und Umfang des öffentlichen

[5]) Mayer a. a. O., II. S. 314.

[1]) Otto Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechts, § 35, S. 227 ff; Küch, Elsaß-Lothringisches Landesprivatrecht, S. 379 ff; Jean Sirey, les codes Annotés; Proud' hon, traité du domaine public; Block, dictionaire de l'administration francaise V°; Matt, Rückwirkung des B.-G.-B. für das Dtsch. Reich auf das Landesverwaltungsrecht. Erl. Diss. 1899. S. 55 ff.

Eigentums zu bestimmen vermag. Der schiffbaren und flößbaren Flüsse, der öffentlichen Straßen etc. wird im code civil nur deswegen Erwähnung getan, um ihren Ausschluß aus dem bürgerlichen Recht darzutun, das ist der Sinn der Worte: qui ne sont pas susceptibles d'une propriètè privée. Es kommt dieser im code civil stehenden gesetzlichen Bestimmung dieselbe Bedeutung zu, wie der römischrechtlichen Bestimmung, daß viae publicae und flumina publica extra commercium sind. Wie dann außerhalb des bürgerlichen Rechts das domaine public, das öffentliche Eigentum sich gestaltet, ist Sache des öffentlichen Rechts; auf seiner Grundlage ist Begriff, Wesen und Ordnung des öffentlichen Eigentums allein aufzubauen.

Darnach bedeutet domaine public nach französischem Recht: Eigentum des Staates oder eines Selbstverwaltungskörpers, das in allen seinen Lebensäußerungen, auch seiner Begründung und Beendigung, ebenso seinem Schutz nach dem öffentlichen Recht unterliegt. Es kann nicht veräußert und ersessen werden, Rechte nach den Regeln des Privatrechts können an den im öffentlichen Eigentum stehenden Sachen nicht erworben werden, nachbarrechtliche Ansprüche sind daran ausgeschlossen. Kommt es gleichwohl vor, daß einzelnen Privaten besondere Nutzungsrechte verliehen werden, so sind das nach französischem Recht nicht nach den Regeln des Privatrechts verliehene Rechte, sondern Rechte verliehen in den Formen des öffentlichen Rechts.[2])

Oeffentliches Eigentum ist nach französischem Recht immer gegeben, wo eine Sache einer öffentlichen Anstalt gewidmet ist (affecté á un service public) und zwar derart, daß sie gerade zu selbst die Nützlichkeit gewährt, welche die öffentliche Anstalt ausmacht.[3])

An solchen Sachen hält das französische Recht „öffentliches Eigentum" für unbedingt notwendig, weil sonst nach den rücksichtslosen Regeln des Privatrechts Befugnisse der einzelnen begründet werden könnten, welche gar bald eine geordnete und gute Verwaltung durch die betreffende Anstalt illusorisch machen würden.

Wenn nun heutzutage hauptsächlich von Otto Mayer und Rosch gelehrt wird, daß auch für das deutsche Recht „öffentliches Eigentum" die angemessenste Form sei für das Herrschaftsrecht an

[2]) Block a. a. O. domaine n. 17 spricht von domaine public als von demjenigen, sur lequel l'état exerce un droit de souveraineté.

[3]) Mayer, franz. Verw.-Recht S. 230.

Sachen, die durch ihr bloßes Vorhandensein öffentliche Verwaltung ausüben, also an den öffentlichen Sachen, so ist das, wie Mayer im Archiv für öffentl. Recht XVI S. 49 n. 13 betont, lediglich eine Sache der juristischen Logik und der praktischen Rechtskunde und in beiden Richtungen hin leicht kontrollierbar. Mag auch das französische Recht, wie es überhaupt das Vorbild für das Staatsrecht des Rechtsstaates gegeben hat, damit auch zugleich die Idee des öffentlichen Eigentums gebracht haben und ergibt sich daraus, daß die deutsche und französische Rechtsentwicklung bezüglich des öffentlichen Eigentums übereinstimmt, so ist das weder verwunderlich noch auch beklagenswert und ist der oft gemachte Vorwurf, daß der Gedanke, die öffentlichen Sachen ganz auf den Boden des öffentlichen Rechts zu stellen, als fremdländischer in Deutschland eingeschleppt worden wäre, ganz ungerechtfertigt.[4])

„Oeffentliches Eigentum" ist freilich erst möglich geworden in Deutschland, seit es einen Rechtsstaat und damit ein Verwaltungsrecht gibt. Beides aber brauchte lange Zeit zu seiner Entwicklung und seinem Ausbau und so dauerte es lange, bis die Grundlage für das öffentliche Eigentum geschaffen war. Darum darf es auch nicht verwundern, wenn trotz der veränderten Verhältnisse die privatrechtliche Construktion der Rechtsverhältnisse an den öffentlichen Land- und Wasserstraßen noch lange Zeit Anwendung fand und heute noch findet.

Doch wenn auch die Idee des öffentlichen Eigentums noch nicht allgemein anerkannt ist, sie wird dennoch als die lebensfähigere den ihr gebührenden Platz trotz des Widerstreits der entgegengesetzten Meinungen einnehmen, weil sie eben mit logischer Notwendigkeit aus dem heutigen Begriffe „öffentliche Sache" ohne weiteres sich ergeben muß und auch im Wesen des modernen Staates, des Rechtsstaates begründet liegt.

Welches ist nun das Wesen des öffentlichen Eigentums? Gibt es überhaupt „öffentliches" Eigentum?

Eigentum ist, wie wir wissen, als die rechtliche und ausschließliche Macht oder Herrschaft einer Person über eine Sache ein subjektives Recht, das für seinen Inhaber einen rechtlichen Machtkreis abgrenzt, von dem aus er anderen Personen gegenüber seinen Willen in maß-

[4]) Z. B. Hatschek, Rechtliche Stellung des Fiskus S. 57.

gebender Weise zur Geltung bringen kann. So lehrt das Privatrecht. Das öffentliche Recht tut es nicht anders. Der Unterschied liegt nur in der Art der einander gegenüberstehenden Subjekte und im Objekt. Dort stehen sich gleichwertige Personen gegenüber, hier aber ist immer die öffentliche Gewalt in Frage, dort handelt es sich um Sachen schlechthin, hier um „öffentliche Sachen", durch die unmittelbar öffentliche Verwaltung geübt wird. Oeffentliches Eigentum ist darum zwar ebenso wie Privateigentum ein subjektives Recht, das seinen Inhaber mit einer rechtlichen Herrschaft ausstattet, aber die Macht ist, weil eben mit Rücksicht auf das Objekt auf der einen Seite die öffentliche Gewalt beteiligt ist, eine öffentliche, d. h. die rechtlichen Beziehungen zu anderen Personen sind nach öffentlichem Recht zu beurteilen.

Oeffentliches Eigentum ist also ein subjektives, öffentliches Recht. Oeffentliche Rechte sind aber, so lautet die allgemeine Formel,[5]) solche, die sich aus dem Zusammenhang mit dem öffentlichen Gemeinwesen ergeben und nur bestehen können in einer rechtlichen Macht über die öffentliche Gewalt selbst.[6]) Da es sich bei dem öffentlichen Eigentum speziell um ein subjektives Recht handelt, das mit dem Gebiet der öffentlichen Verwaltung zusammenhängt, so muß das Wesen des öffentlichen Eigentums bestehen in einer rechtlichen Macht über die öffentliche Verwaltung. Das leuchtet ein, soferne man sich nur von dem Wesen der öffentlichen Sachen ein klares Bild gemacht hat. Die öffentlichen Sachen üben durch ihr bloßes Vorhandensein öffentliche Verwaltung aus, darum kann ihr Eigentümer auch wieder nur Verwaltung mit ihnen üben. Als subjektives Recht muß nun aber auch das öffentliche Eigentum in der Weise eines solchen abgegrenzt und mit einem Subjekt verbunden sein. Diese Subjekte können aber immer nur Subjekte der öffentlichen Verwaltung sein, also entweder der Staat, oder die Gemeinde, oder aber ein beliehener Unternehmer.

Wenn nun für die Gemeinden und beliehenen Unternehmer eine Macht über die öffentliche Verwaltung nach Art eines subjektiven Rechts abgegrenzt ist, erregt es kein Bedenken, denn den Gemeinden stehen ja alle Rechte der öffentlichen Verwaltung nicht von vornherein zu und bei den beliehenen Unternehmern ist es überhaupt Erfordernis, daß für sie eine rechtliche Macht über die Verwaltung

[5]) v. Stengel, Verw.-R. S. 40; Seydel a. a. O., II, 299 f., 575 ff.; G. Meyer St.-R. § 213.

[6]) Otto Mayer a. a. O., I, S. 110; ähnlich Jellinek subj. öff. R. S. 13.

abgegrenzt und mit ihrer Person verbunden ist, um öffentliche Verwaltung führen zu können. Anders liegen aber die Dinge beim Staate selbst.

Mayer a. a. O. I S. 111 sagt: „Auf Seite des Staates ist das erste und grundlegende Element für alles subjektive öffentliche Recht, die Macht über die öffentliche Gewalt von vornherein im vollen Maße gegeben, der Staatswille ist mit dieser ausgestattet von Natur. Aber gerade deshalb ist es falsch, hier von einem subjektiven Rechte des Staates zu reden, denn das Recht ist immer etwas äußerlich mit der Person verbundenes, nicht die Person oder ihre Eigenschaften, es fehlt also das zweite Element des Begriffes: Die Ausprägung und Abgrenzung der öffentlichen Gewalt zum Gegenstand eines subjektiven Rechtes".

Wenn aber trotzdem der Begriff „öffentliches Eigentum" in Beziehung auf den Staat Anwendung zu finden hat, so liegt der Grund einmal darin, daß dadurch, daß der Staat eine öffentliche Sache z. B. einen öffentlichen Weg ergreift, um von da aus in die ihm eigentümlichen Beziehungen zu Dritten einzutreten, eine gewisse Abgrenzung hergestellt wird, andererseits aber auch darin, daß der Staat mit einem derartig abgegrenzten Machtkreis heraustreten kann aus den Bedingungen des hoheitlichen Ueberordnungsverhältnisses und ihn dann fortan behauptet und geltend macht auf dem Boden der Gleichheit im Verhältnis zu anderen.[7]) Dies ist immer der Fall, wenn der Staat z. B. einen öffentlichen Weg auflässt, dann verwandelt sich sein Recht in das entsprechende privatrechtliche Recht: aus „öffentlichen Eigentum" wird dann „Privateigentum".

Dazu kommt noch folgender praktische Grund. Wie im Civilrecht zur Beherrschung der Menge von Stoff, welche die Rechtsbeziehungen der Rechtssubjekte darbieten, das „Rechtsinstitut" nötig ist, damit in ihm das Ganze auf eine gleichbleibende Einheit gebracht wird, ebenso ist es für das Verwaltungsrecht notwendig, daß gewisse feststehende und gleichbleibende Arten von Erscheinungen der öffentlichen Verwaltung in ein Rechtsinstitut zusammengefaßt werden. Solche feststehende, gleichbleibende Arten von Erscheinungen entstehen aber immer, wenn der Staat als Eigentümer der öffentlichen Sachen Dritten gegenübertritt, diese zusammengefaßt und auf eine Einheit zurückge-

[7]) Mayer a. a. O., S. 111.

führt ergeben dann das Verwaltungsrechtsinstitut „öffentliches Eigentum".

Dabei darf aber nie vergessen werden, daß im öffentlichen Eigentum des Staates nie ein besonders abgegrenztes Recht des Staates zu erblicken ist, sondern nichts anderes, als eben eine Einzelerscheinung der großen allgemeinen Herrschermacht des Staates.

Das Eigentum enthält nun der Sache gegenüber, welche Gegenstand dieser Macht ist, nichts rechtliches, sondern wird rechtlich erst dadurch, daß der Eigentümer in Beziehungen zu anderen Rechtssubjekten tritt. Diese Beziehungen unterliegen beim öffentlichen Eigentum dem öffentlichen Recht, dem die Subjekte der öffentlichen Verwaltung, soferne sie als solche anderen Subjekten gegenübertreten, unterliegen.

Wie die Macht selbst, so bestimmt sich auch ihre Begründung und ihre Beendigung, ihr Gebrauch, endlich auch ihr Schutz nach öffentlichem Recht, Begründung, Endigung und Schutz des öffentlichen Eigentums gehören damit dem öffentlichen Recht an. Von hier aus ergibt sich aber dann leicht, daß und warum die im öffentlichen Eigentum befindlichen Sachen (d. h. die öffentlichen Sachen) extra commercium sind, soferne man nur dem Begriffe „commercium" die rechtliche Bedeutung beläßt, die ihm ureigentlich zukommt.

Dies ist nun noch für die öffentlichen Land- und Wasserstraßen besonders nachzuweisen.

Zuvor aber ist ein Blick zu werfen auf die gegnerischen Auffassungen des Herrschaftsrechts an den öffentlichen Land- und Wasserstraßen und ihr Verhältnis zu der hier vertretenen Anschauung.

§ 16. b) Die privatrechtliche Auffassung des Herrschaftsrechts an den öffentlichen Land- und Wasserstraßen und ihr Verhältnis zur Theorie des öffentlichen Eigentums.

A. Die öffentlichen Landstraßen.

Bezüglich der öffentlichen Landstraßen geht die privatrechtliche Anschauung, wie sie aus den führenden Pandektenlehrbüchern,[1]

[1]) Z. B. Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts 8. Aufl. Bd. 1 § 146; Dernburg, Pandekten, 7. A. § 71 ff.; Regelsberger Pand. § 112, 113; Mühlenbruch, Pand. § 218; Glück, Pand. II § 178.

Monographien[2]) und auch aus der gerichtlichen Praxis sich ergibt, im wesentlichen dahin:

Die öffentlichen Wege stehen im Eigentum des Staates oder der Gemeinde, möglicherweise auch einer Privatperson. Der Staat erwirbt sein Eigentum vom früheren Eigentümer entweder auf ganz gewöhnliche Weise durch Kauf oder aber durch eine gesetzlich zulässige Enteignung. Dadurch, daß er das erworbene Eigentum nachher dem öffentlichen Gebrauche seiner Angehörigen übergibt, gibt er das Eigentum an sich nicht auf, was sich schon daraus ergibt, daß er die Nebenerträgnisse, z. B. Früchte der an der Landstraße wachsenden Obstbäume, für sich verwendet.

Dieses Privateigentum ist nun durch die Zweckbestimmung der öffentlichen Landstraßen, dem Gemeingebrauch zu dienen, solange diese besteht, beschränkt. Die öffentlichen Landstraßen sind öffentliche Sachen und daher extra commercium. Dieses bedeutet aber nicht etwa eine Ausschließung der Rechtsverhältnisse der öffentlichen Landstraßen aus dem Privatrecht, sondern nur eine Einschränkung des Privatrechtsverkehrs in der Richtung, daß alle Privatrechtsgeschäfte, die der Zweckbestimmung der öffentlichen Landstraßen widerstreiten, ausgeschlossen sind.

Dadurch soll ihre Entziehung aus dem Gemeingebrauch verhütet werden oder wie Dernburg meint, dadurch soll das Eigentum nur sicherer und unantastbarer gestellt werden.

Im einzelnen sind ausgeschlossen: Rechtliche Verfügungen, soweit dadurch ganz oder teilweise in den Gemeingebrauch eingegriffen wird und zwar sowohl dingliche wie obligatorische, ferner findet keine Ersitzung statt, auch sind die allgemeinen Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung ausgeschlossen.

Daß durch solche einschneidende Beschränkungen die verbleibenden Befugnisse des Privateigentümers gering sind, entgeht dieser Theorie keineswegs, aber man sagt: Diese Tatsache kann gegen das Privateigentum nicht sprechen, denn für den Begriff des Eigentumsrechts ist die Beschränktheit der Detailbefugnisse des Inhabers gleichgiltig.[3]) Der Ertrag des Bodens kann gleich Null sein, z. B. wenn

[2]) z. B. Wappäus a. a. O., Hirsekorn a. a. O., Biermann, die öffentlichen Sachen.

jemand das dingliche Recht der superficies ohne Entgelt für immer erworben hat, dennoch bleibt das Privateigentum bestehen.

Man beruft sich ferner darauf, daß es Sachen gibt, die im Privateigentum Einzelner stehen und zugleich im Gemeingebrauch Aller und folgert daraus: „Eigentumsrecht und Gemeingebrauch sind nicht bloß verschiedene Namen für dieselbe Sache und schließen sich ihrer eigentlichen Natur nach nicht aus.“ [3])

Das Privateigentum ist nur beschränkt, darum sagt man, bleiben Befugnisse des Eigentümers über. Er kann alle Rechtsgeschäfte, die mit dem Gemeingebrauch vereinbar sind, vornehmen und zwar in den Formen des Zivilrechts. So kann er sein Eigentum auf andere übertragen, freilich nur mit dem darauf ruhenden onus der Rechtsbeschränkung, ferner kann er Servituten und andere dingliche Rechte einräumen, endlich kann er die Ausübung seiner Rechte, soweit die Rechtsbeschränkung diese nicht ausschließt, anderen Personen durch Vertrag einräumen, hierher wird namentlich gerechnet die Verpachtung der Obsternte der an den öffentlichen Landstraßen angepflanzten Bäume.[4])

Da nun die öffentlichen Landstraßen dauernd bestimmt sind, dem Gemeingebrauch zu dienen, ist es, so argumentiert die privatrechtliche Theorie weiter, in erster Linie Aufgabe des Staates, für die Aufrechterhaltung des der Zweckbestimmung der öffentlichen Landstraßen entsprechenden Zustandes zu sorgen.

Mit Rücksicht darauf hat der Staat kraft seines Hoheitsrechtes [5]) das Recht der Polizei über die öffentlichen Sachen. Vermöge seiner Hoheitsrechte beschließt der Staat die eigene Herstellung von Landstraßen oder er befiehlt den Gemeinden deren Herstellung. Sodann hat er die Art und Weise der Benutzung zu regeln, hat für Ordnung, Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs zu sorgen und trifft hiezu polizeiliche Anordnungen. Ferner hat er Einwirkungen, die mit der Zweckbestimmung des Gemeingebrauchs nicht vereinbar sind, zu unterdrücken, hat also den Gemeingebrauch und damit den Verkehr zu schützen.

Somit erscheint der Staat einerseits als Privateigentümer der öffentlichen Landstraßen, andererseits hat er aber auch kraft seines

[3]) Dernburg, Rechtsgutachten S. 9.
[4]) Biermann a. a. O., S 28; Wappaus a. a. O., S. 102, 122.
[5]) Besonders Wappäus a. a. O. S. 112.

Hoheitsrechts die Polizei über dieselben, um sie bei ihrem Zweck zu erhalten.

Damit richtet sich aber diese Theorie selbst.

Auf der einen Seite soll der Staat als Privatmann auftreten und seine Interessen wahren, auf der anderen Seite soll er aber auch zugleich als hoheitliche Gewalt, als Subjekt der Verwaltung, die Interessen der Allgemeinheit wahrnehmen. Der Staat ist zwar allgewaltig, aber eine solche Doppelstellung einzunehmen, kann auch ihm nicht zugemutet werden. Es bleibt nur übrig, den Staat wieder zu spalten in zwei Personen, von denen die eine die Sache öffentlichrechtlich beherrscht, um sie für ihren Zweck zu erhalten, während die andere unter dieser Herrschaft die Rolle des gewöhnlichen Eigentümers spielt, zwar belastet mit dieser Zweckbestimmung, sonst aber wie ein Privateigentümer nach bürgerlichem Recht behandelt wird.

So sagt Wappäus a. a. O. S. 103: „Uebt der Staat als solcher sein Eigentum aus?" Wir sagen: Ja. Freilich nicht „als solcher", denn der Staat *als solcher* kann keine Eigentumshandlungen vornehmen, sondern kann nur gebieten und verbieten, aber als Vermögenssubjekt, *als Fiskus* übt er sein Eigentum aus." [6])

Damit kehrt aber die polizeistaatliche Auffassung wieder, daß der Staat, wenn er in vermögensrechtliche (oder überhaupt in rechtliche) Beziehungen zu seinen Untertanen tritt, zu trennen ist in eigentlichen Staat und Fiskus, weil der eigentliche Staat eben nur befehlen kann.

Diese Auffassungsweise ist aber des modernen Staates, des Rechtsstaates, der auch in seiner Eigenschaft als *öffentliche Gewalt* Recht kennt und gibt, unwürdig und darum nicht mehr zu verwenden. Der Staat ist jetzt als *Einheit* gedacht und kommt es nur darauf an, ob er als obrigkeitliche Gewalt oder als gewöhnlicher Privatmann Dritten gegenüber tritt, je nachdem hat öffentliches oder Privatrecht zur Anwendung zu kommen. Nur das eine oder das andere, nicht beides zugleich kann zutreffen. Da aber die privatrechtliche Theorie annimmt, daß der eigentliche Staat, der Staat als solcher, Eigentumsrechte nicht haben kann, so führt diese Meinung mangels Vorhandensein eines *neben* dem Staat befindlichen Rechtssubjekts „Fiskus"

[6]) Blätter f. adm. Prax. Bd. 20. S. 324.

von selbst dazu, daß die öffentlichen Landstraßen herrenlos werden und dem Staate nur ein Hoheitsrecht d. h. Aufsichts- oder Polizeirecht zusteht.

Die privatrechtliche Auffassung verunstaltet aber auch das ganze Rechtsinstitut der öffentlichen Landstraßen derart, daß es seinem Zweck nicht mehr ordentlich zu dienen vermag. Sie rückt immer den Gedanken einer Interessenkollission nahe und doch handelt der Staat nur in der Erfüllung seines Berufes, wenn er öffentliche Straßen zur Benutzung des Publikums anlegt und unterhält. Wie kann man dann sagen, die Zweckbestimmung, die Bestimmung zum allgemeinen Verkehr sei eine Beschränkung des Staatseigentums? Im Gegenteil, gerade weil der Staat um dieses Zweckes willen öffentliche Straßen baut und unterhält, wird man sagen müssen, diese Bestimmung ist keine Beschränkung, sie ist vielmehr eine bestimmte Art, in der der Eigentümer seine Sache zu verwenden beliebt.

Eigentum und Verwaltung gehen eben hier ineinander über und wenn dann Staat oder Gemeinde oder ein beliehener Unternehmer von hier aus anderen Rechtssubjekten gegenübertritt, so stehen sie diesen gegenüber als öffentliche Gewalt. Immer und allein sind es öffentliche Interessen, die der Eigentümer öffentlicher Landstraßen befolgen muß, darum kann auch nicht jeder beliebige Private Eigentümer solcher Sachen sein, wie die privatrechtliche Theorie annimmt, sonst wäre es gar übel um den Verkehr auf den Landstraßen bestellt. Kommt es hie und da vor, daß der Staat ꝛc. eine Straße zu einer öffentlichen erklärte, noch ehe ihr Grund und Boden sein Eigentum war, so sind das Ausnahmeverhältnisse die im Interesse einer geordneten Verwaltung möglichst zu vermeiden und schleunigst zu beseitigen sind. Sie können nicht verwendet werden, um Privateigentum zu beweisen, denn auch hier hat nur Staat oder Gemeinde die Herrschaft über die öffentlichen Landstraßen, das Privateigentum sinkt zu einem nudum jus herab.

Daraus folgt aber, daß für das Privatrecht kein Raum bleibt. Dieses hat es immer mit rechtlich einander gleichstehenden Rechtssubjekten zu tun und dann kommt es immer zur Anwendung, wenn eigennützige Interessen in Frage stehen. Beides ist aber nie der Fall, wenn es sich um öffentliche Landstraßen handelt. Ihr Eigentümer wartet nicht, wie es nach der privatrechtlichen Theorie scheinen

mag, sehnsüchtig darauf, bis er einmal einen Vorteil aus seinem Eigentum ziehen darf, im Gegenteil, er übt sein Eigentum ständig aus, indem er die Landstraße dem Verkehre offen hält. Die rechtliche Macht, die das dingliche Recht Eigentum an den Landstraßen gibt, ist keineswegs beschränkt dadurch, daß sie nur im öffentlichen Interesse geübt wird, sie muß sich aber dann auch dem Recht unterwerfen, das zur Anwendung kommt, wenn öffentliche Interessen, oder hier Interessen der öffentlichen Verwaltung in Frage stehen.

Wenn darum die öffentlichen Landstraßen als zu den öffentlichen Sachen gehörig für extra commercium erklärt werden, so bedeutet das nicht eine Beschränkung des Privatverkehrs dahin gehend, daß der Eigentümer solcher Sachen Privatrechtsgeschäfte nur abschließen kann, wenn der Gemeingebrauch nicht entgegensteht, sondern es hat die Bedeutung, daß solche Sachen überhaupt vom Privatrechtsverkehr ausgeschlossen sind und ihre Rechtsverhältnisse nach öffentlichem Recht sich regeln.

B. Die öffentlichen Wasserstraßen.

Bezüglich der öffentlichen Wasserstraßen, zu denen sowohl die öffentlichen Flüsse als auch die Kanäle gehören, besteht Streit darüber, ob die öffentlichen Flüsse überhaupt des Eigentums fähig sind, während bezüglich der Kanäle Privateigentum allgemein angenommen wird.

Während nach gemeinem Recht die öffentlichen Flüsse zu den dem Verkehre entzogenen Sachen gerechnet werden und ein Eigentumsrecht an ihnen für ausgeschlossen gilt,[7]) werden sie partikularrechtlich als im Eigentum des Staates befindlich betrachtet,[8]) wobei dann wieder Streit besteht, ob das Eigentum privatrechtlich aufzufassen sei oder aber „öffentliches Eigentum“ [9]) sei.

---

[7]) Boerner im Arch. f. c. Pr. XXXVIII. S. 181; Hesse ebenda VII. S. 181 ff., Wappäus a. a. O., S. 76 ff., Kappeler, a. a. O. S. 84, 109. Stobbe a. a. O., S. 612; Windscheid, Pand. § 146. And. M. Dernburg Pand. Bd. I § 73; Hirsekorn a. a. O. S. 58 ff.

[8]) Preuß. A. L. R. Tl. II Tit. 14 § 21; code civil Art. 538; bayr. Ges. über Benützung des Wassers Art. 1; Bad. L. R. Art. 538; Bad. Wass. Ges. § 1: Hess. Ges. vom 14. VI. 1887.

[9]) Gesterding im Arch. f. c. Pr. III. n. 5; Schwab das. XXX Beilageheft. Funcke das. XII; Roth-Becher bayr. Civ. Recht II § 311 ff. u. die Note 52 cit. Schriftsteller; Schenkel bad. Wasserrecht S. 38. 103.

Insoweit nun die Meinung dahin geht, an den öffentlichen Wasserstraßen bestehe Privateigentum, gilt das bezüglich der öffentlichen Landstraßen Gesagte in gleicher Weise, insoferne das Herrschaftsrecht des Staates als öffentliches oder eigentliches Staatseigentum bezeichnet wird, soll davon im nächsten Paragraph die Rede sein.[10])

Hier soll nur die Meinung vorgetragen werden, welche die öffentlichen Flüsse für eigentumsunfähig hält, zugleich aber auch die Möglichkeit und Tatsache nachgewiesen werden, daß die öffentlichen Flüsse jener Herrschaft fähig sind, die das Eigentum voraussetzt.

Die Lehre des gemeinen Rechts geht dahin:

In betreff der auf dem festen Land befindlichen Gewässer ist zu unterscheiden zwischen der fließenden Wasserwelle als solcher und der Gesamtheit des Gewässers; jene ist nicht faßbar und daher kein denkbarer Gegenstand einer Privatberechtigung, während bei der Gesamtheit des Gewässers eine solche nicht unmöglich ist.

Was die öffentlichen Flüsse anlangt, so sind diese dem öffentlichen Gebrauche von Natur hingegeben und darum dem Privatrecht entzogen. Dem Staat steht an ihnen kein Privateigentum zu, vielmehr fließen die sämtlichen dem Staate über die öffentlichen Flüsse zustehenden Rechte schon aus seiner Territorialhoheit und bilden diese Rechte einen Bestandteil seines allumfassenden Oberaufsichtsrechts. Das ganze Verhältnis des Staates zu den öffentlichen Flüssen ist kein privatrechtliches, sondern ein öffentliches Rechtsverhältnis.[11]) Dies gilt nicht bloß für die im Flußbett sich fortbewegende Wasserwelle, sondern auch für das Bett selbst,[12]) denn die Oeffentlichkeit des in ihm enthaltenen Wassers bringt auch die Oeffentlichkeit des Flußbettes mit sich. Fluß und Bett sind darum herrenlos, was sich auch darin zeigt, daß das verlassene Flußbett und die im Flusse entstehende Insel den Anliegern und nicht dem Staate zufällt. Wären durch den der natürlichen Bestimmung entsprechenden Gemeingebrauch alle denkbaren Privatberechtigungen an den öffentlichen Flüssen ausgeschlossen, so

---

[10]) Dieses sog. „öffentliche Eigentum" hat mit der hier vertretenen Ansicht nichts gemein als nur den Namen; es ist lediglich das Hoheits- oder Polizeirecht des Staates damit gemeint.

[11]) Wappäus a. a. O., S. 78.

[12]) Seufferts Archiv XXII. 212. XXX. 114; Entsch. des R. G. in C. S. III. S. 232; IV 258; s. auch Roth bayr. Civ. Recht III § 282 Anm. 17 ff.

gehörten diese zu den res omnium communes, weil aber einzelne Privatberechtigungen an den öffentlichen Flüssen erworben werden können, sind sie res extra commercium und zwar, wie Wappäus dies ausdrückt, total extracommercielle Sachen im Gegensatz zu den öffentlichen Wegen, die partiell extracommercial sind.

Allerdings erleidet das bloße öffentliche Rechtsverhältnis des Staates an den öffentlichen Flüssen eine Ausnahme hinsichtlich der heutigen Tages noch wirksam gebliebenen besonderen Rechte des Staates, die aus dem allumfassenden Oberaufsichtsrecht des Staates nicht hergeleitet werden können. Obwohl diese Rechte aber die Annahme des Eigentumsrechtes des Staates sehr nahe rücken, so sind sie dennoch bei historischer Rechtsbetrachtung nur aufzufassen als nutzbare Privatrechte des Staates und sind zurückzuführen auf das sogenannte Wasserregal,[13]) das dem Staat ein vorzugsweises Recht auf gewisse Arten der Benutzung an den öffentlichen Gewässern gewährt.

Nach dieser Meinung befinden sich also die öffentlichen Flüsse nicht im Staatseigentum, weil sie überhaupt des Eigentums unfähig sind, und der Grund hiefür liegt darin, daß die öffentlichen Flüsse dem öffentlichen Gebrauch von Natur hingegeben sind.

Diese Anschauung ist aber, wenn man die deutschrechtliche Entwicklung, die doch allein den wahren Kern der wasserrechtlichen Entwicklung in Deutschland bildet, in Betracht zieht, irrig und nur haltbar mit Hereinziehung des römischen Rechts. Da dieses aber für römische und nicht für deutsche Verhältnisse berechnet ist, konnte es, wie die wasserrechtliche Litteratur ja zur Genüge zeigt, nur dazu dienen, die ganze Lehre von den öffentlichen Flüssen zu verwirren und zu verunstalten.

Schon oben ist bei Darstellung der Lehre von den römischen flumina publica nachgewiesen worden, daß dem Satz: aqua profluens est res omnium communis wahrscheinlich überhaupt keine rechtliche, sondern nur ethische Bedeutung zukommt und darum die Rechtsverhältnisse der Gesamtheit eines Gewässers nicht zu berühren vermag. Für das gemeine Recht ist dieser Satz nun keineswegs zu verwenden, kann daher auch unmöglich Wirkungen für das deutsche Recht hervorbringen.

[13]) Windscheid Pand. § 146; Beseler, System des dtsch. Privatrechts § 200; Stobbe a. a. O. § 64; Gerber a. a. O. § 94.

Wie im geschichtlichen Teil nachgewiesen wurde, war der Gemeingebrauch im Laufe der Zeit zu einem reinen Gnadengeschenk herabgesunken, das der Fiskus seinen selbstsüchtigen Interessen unterordnet, nach Belieben beschränkt und oft gänzlich abhebt; schon damit war der Grund gelegt für eine Reihe vom Sonderrechten an den fließenden Gewässern. Dazu kommt ferner, daß mit fortschreitender Kultur neue Arten von Nutzungen des fließenden Wassers entstehen, besonders seit die immer mehr sich entwickelnde Industrie die Naturkräfte in ihren Dienst nimmt und als eine der mächtigsten und billigsten die Triebkraft des fließenden Wassers. Die Industrie würde es nun nicht wagen, ohne besonders eingeräumte Rechte ihre Kapitalien in die Unternehmungen zu stecken und so wird der Gemeingebrauch wiederum beschränkt und wieder entsteht die Notwendigkeit der Verleihungen von Sonderrechten am fließenden Wasser.

Unter solchen Umständen und bei solchen Verhältnissen hat aber der Satz: aqua profluens est res omnium communis keine Anwendung im deutschen Recht zu finden und ist darum auch ins deutsche Recht nicht aufzunehmen. Das deutsche Recht hat sich unabhängig vom römischen Recht entwickelt, der Charakter des Rechtsguts ist im deutschen Recht ein anderer und darum ist auch sein Recht einanderes.

Wie die deutsche Rechtsentwicklung zeigt, beruhen die Nutzungen an den öffentlichen Flüssen zumeist auf Sonderrechten und macht der Fürst alle Sonderrechte von seiner Erlaubnis und Verleihung abhängig und betrachtet die öffentlichen Flüsse als fiskalische Einnahmequellen. Sein Bestreben geht dahin, mehr und mehr den usus publicus einzuschränken und den Nutzungen an den öffentlichen Flüssen den Charakter von Sonderrechten zu verleihen. Darin liegt aber, genau genommen, nichts anderes als eine Verfügung über die öffentlichen Flüsse. Dieser Tatsache, glaube ich, wird sich niemand verschließen können. Wenn aber jemand bezüglich einer Sache alle Nutzungen, die diese von Natur aus zuläßt, für sich übt und an andere verleiht, das hat aber der Fürst und der Staat bezüglich der öffentlichen Flüsse uneingeschränkt getan, dann ist das eine ausschließliche Macht über eine Sache, die, wenn sie rechtlich ist, Eigentum bedeutet. Mag auch der Fürst sich diese Macht früher angemaßt haben, durch die Länge der Zeit und die ständige Ausübung der Macht ist sie jedenfalls rechtlich geworden. Deswegen aber und weil die Macht eine un-

fassende geworden ist, stehen die öffentlichen Flüsse im Eigentum des Staates. Uebte früher der Fürst und auch der Staat seine Rechte nur im fiskalischen Interesse aus und war somit Privateigentümer der öffentlichen Flüsse, heute übt der Staat sein Eigentum nur aus im Interesse des Gemeinwohls und weil er dazu berufen ist, eine geordnete Verwaltung zu führen, darum ist auch sein Eigentum jetzt öffentliches Eigentum geworden.

§ 17. c.) Die Keller-Jheringsche Anschauung und ihr Verhältnis zur Theorie des öffentlichen Eigentums.

Gegen die privatrechtliche Auffassung des Herrschaftsrechts an den öffentlichen Land- und Wasserstraßen, wie überhaupt an den öffentlichen Sachen, machte sich um die Mitte des vorigen Jahrhunderts bei Gelegenheit des Baseler Schanzenstreits eine Opposition geltend hauptsächlich durch Keller und Jhering.[1])

Ihre Lehre geht im wesentlichen dahin:

Unter den Gegenständen, über welche der Staat das Recht der Verfügung und des Gebrauchs hat, besteht ein großer Unterschied zwischen den fiskalischen Sachen, die im Eigentum des Staates sich befinden und solchen, die nach Wesen und Individualität in Rücksicht auf Verfügung, Veräußerung und Nutzung, kurz in jeder Beziehung dem bürgerlichen Verkehr entzogen und desselben unfähig sind. Zu diesen gehören die öffentlichen Gewässer, Straßen, Brücken etc. also die öffentlichen Sachen. Nur durch Aufhebung ihres Wesens und ihrer Individualität können sie zum Gegenstand des Privatrechtsverkehrs gemacht werden.

An dieser Art von Sachen gestaltet sich das Recht des Staates zu einem reinen Hoheitsrecht, Eigentum des Staates oder der Gemeinden oder gar eines Privaten kann daran nicht bestehen.

Das Eigentum des Staates ist ein Eigentum ebensogut wie jedes andere und alle Regeln des Privatrechts kommen bei ihm zur Anwendung, wenn nicht eine positive spezielle Anordnung etwas anderes bestimmt. Völlig anders aber verhält es sich mit dem Eigentum, das dem Staate an den öffentlichen Sachen zustehen soll.

[1]) Keller, Rechtsgutachten, die Baseler Festungswerke betr.; Jhering, der Streit zw. Basel-Land und Baselstadt über die Festungswerke der Stadt Basel. Verm. Schriften S. 103 ff.; Jhering, Geist des röm. Rechts 4. Aufl. III Bd.; Dernburg, Rechtsgutachten.

Wie im römischen Recht die res publicae extra commercium waren, so sind auch die öffentlichen Sachen heute noch vom Privatrechtsverkehr ausgeschlossen. Diejenige Form der Verwendung der Sache von Seiten des Menschen, welche den Zweck des Handels und Wandels bildet, die exklusive Aneignung und Beherrschung derselben, der Eigentumsbegriff ist bei den öffentlichen Sachen unmöglich. Die innerste Natur und Bestimmung der öffentlichen Sache, der Gemeingebrauch enthält gegen die Idee der Exklusivität des Privateigentums einen Protest. Mag auch eine äußere positive Vorschrift nicht bestehen, so sind um dieser Eigenschaft willen alle Rechtsgeschäfte, die darauf abzielen, nichtig

Eigenschaft aller öffentlichen Sachen ist es dem Gemeingebrauch zu dienen, daher leisten sie ihre Dienste dem Publikum. Darin ist aber das positive Moment enthalten, das die rechtliche Stellung dieser Sachen charakterisiert.

Wie das Eigentumsobjekt seine Bestimmung erfüllt in dem Dienst für eine bestimmte einzelne Person oder bestimmte mehrere Personen beim Miteigentum, so finden die öffentlichen Sachen ihre Bestimmung in dem Nutzen, den sie dem Publikum erweisen.[2]) „Gerade in der Bestimmung der Sachen für eine unbestimmte Vielheit von Personen beruht der juristische Charakter dieser Sachen und dieselbe Stellung, die der Eigentümer dem Eigentumsobjekt gegenüber einnimmt, behaupten jene Subjekte den öffentlichen Sachen gegenüber".[3]) Dieses Recht ist ebenso wie das Eigentum ein Recht im subjektiven Sinne und zu bezeichnen als Nutzungsrecht oder Recht des Gemeingebrauchs.

Daher bedarf es auch einer Erweiterung des Begriffes des Rechts a n einer Sache und sind zwei Formen der r e c h t l i c h e n Unterwerfung unter die Zwecke der Menschen, zwei Sphären menschlicher Berechtigung zu unterscheiden. Man muß das Recht an einer Sache trennen in Individualrecht und Gemein- oder Gesamtrecht. Bei ersterem besteht Exklusivität des Gebrauchs, ausschließlich Berechtigung, und die Bezeichnung dafür ist „Privateigentum", beim Gesamtrecht dagegen besteht ungeteilte und unteilbare Gemeinsamkeit des Genusses und die Bezeichnung dafür ist Gemeingebrauch.[4])

[2]) Ihering, Verm. Schft. S. 145; Geist des röm. Rechts III. S. 362.
[3]) Ihering, Verm. Schrft. S. 146.
[4]) Ihering a. a. O. S. 146; derf. Geist des röm. Rechts II, S. 362.

Daß der Gemeingebrauch ein solches Recht ist, ein Recht a n der Sache, beweisen die actiones populares und die sonst zum Schutze desselben bestehenden Klagen. Mittels der actiones populares macht das Publikum das Recht des Gemeingebrauches ebenso geltend, wie der Privateigentümer durch die rei vindicatio sein Eigentum.

In dem gemeinschaftlichen Gebrauche geht nun, so sagt man weiter, die tatsächliche Bestimmung der öffentlichen Sachen auf, folglich ist von vornherein neben und außer diesem Recht a n der Sache ein besonderes Recht des Staates ausgeschlossen. Wird aber trotzdem ein Recht des Staates angenommen, so kann es nur dazu dienen das Recht des Gemeingebrauchs juristisch zu stützen und zu stärken oder anders ausgedrückt dem Staate die Befugnis verleihen ein Oberaufsichtsrecht über die öffentlichen Sachen zu führen, damit diese in der Gegenwart und auch für die Zukunft bei ihrem Zweck erhalten bleiben. Das Recht könnte aber auch die Bedeutung haben, daß durch dasselbe dem Staat in rechtlicher Form der Ertrag der öffentlichen Sache zugewendet wird, welchen der Gemeingebrauch etwa noch übrig läßt.

Das angebliche Recht in seiner ersten Bedeutung hätte aber keinen selbstständigen Zweck und brauchte auch nicht besonders eingeräumt zu werden, denn aus der Stellung des Staates zum Gemeinwesen folgt ohne weiteres das Recht die Interessen der Gesamtheit zu vertreten.

Was dann die Einräumung eines Rechtes an den Staat in der anderen Richtung anlangt, so würde dieses allerdings einen selbstständigen Inhalt haben, aber dieses wäre unbedeutend, da der Gemeingebrauch die reale Nutzbarkeit der Sache regelmäßig erschöpft Heute soll zwar das Vorhandensein eines besonderen Rechts des Staates, im Gegensatz zum römischen Recht, nicht bestritten werden, doch soll man sich hüten ein solches Recht „Eigentum" zu nennen, weil es eben fehlt an einer exklusiven Beherrschung der Sache. Würde man dem Staat ein Staatseigentum zuschreiben, so wäre das Verhältnis der Berechtigung geradezu entstellt und umgekehrt, denn Eigentum ist dasjenige Rechtsverhältnis an der Sache, welches diese in ihrer realen Brauchbarkeit und Bestimmung vollständig ergreift und erschöpft und dem gegenüber die sogenannten dinglichen Rechte an fremder Sache sich nur als zufällige Abänderung des normalen ursprünglichen Verhältnisses darstellen [5]) Bei den öffentlichen Sachen geht aber die reale

[5]) Jhering Verm. Schrft. S. 149.

Brauchbarkeit in dem Gemeingebrauch auf, weil dieser die eigentliche Bestimmung derselben ist. Daher ist die Annahme eines Staatseigentums an den öffentlichen Sachen in dieser zweiten Richtung eine völlige Umkehrung des wirklichen Sachverhalts, sonst wäre das Gleichgiltige und Zufällige das Wesentliche, Prinzipielle und Entscheidende. Zudem wäre auch der Begriff „Eigentum" bis zur Unkenntlichkeit entstellt, denn die öffentliche Sache ist ja von vornherein nicht dem Eigentümer zu dienen bestimmt, sondern einem Andern, von Anfang an und für immer wäre also der Nießbrauch davon getrennt.

Man kann daher nur von einem Eigentum des Staates im uneigentlichen Sinn reden und dieses Eigentum hat dann die Bedeutung, zu zeigen, wem der Gemeingebrauch zusteht. Steht der Gemeingebrauch den Einwohnern einer Stadt zu, so gehört das Eigentum der Stadt, dem Staate gehört es, wenn die Staatsangehörigen Gemeingebrauch ausüben. Eigentum des Staates bedeutet nur die Rückseite des Gemeingebrauches. „Beides — Eigentum und Gemeingebrauch — sind ungetrennt und gehen in dem Maße Hand in Hand miteinander, daß das bloße Dasein der res publica als solches mit Notwendigkeit jene Beziehung derselben zu dem betreffenden Staat in sich schließt, der man den Namen Eigentum gegeben hat".[6]) Dieses sogenannte Eigentum kann als etwas mit dem Begriffe „öffentliche Sache" notwendig Gegebenes weder ganz noch zum Teil aufgegeben, sei es verkauft oder veräußert werden, so lange die öffentliche Sache vorhanden ist. Erst wenn die Eigenschaft einer Sache als einer „öffentlichen" nicht mehr besteht, dann kann über die Sache von Seiten des Staates verfügt werden. Darum soll man auch den irreführenden Ausdruck „Eigentum" vermeiden und den gebrauchten: „rechtliche Beziehung des Staates zu den für den Gemeingebrauch seiner Angehörigen bestimmten res publicae".[7])

Keller und Ihering versagen also dem Staat Privateigentum an den öffentlichen Sachen. Darin begegnet sich ihre Anschauung mit der Theorie des öffentlichen Eigentums. Während aber diese Theorie an dessen Stelle Eigentum nach öffentlichem Recht setzt, also eine in Wirklichkeit vorhandene, rechtliche und ausschließliche Macht über die öffentliche Sachen, hat nach Keller und Ihering der Staat nur ein

[6]) Ihering, Verm. Schrf. S. 151.
[7]) Ihering, Verm. Schrft. S. 152.

Hoheits- und Polizeirecht um die Sache bei ihrer Bestimmung zu erhalten. Nur bezüglich der Nebenerträge der öffentlichen Sachen, wie z. B. der Gras- und Holznutzungen, kann er die Stelle des Eigentümers vertreten, aber auch nur vertreten. Jhering protestiert auf das energischste dagegen, daß man zur juristischen Struktur dieser Rechte den Eigentumsbegriff verwenden will.[8]) Das einzige dingliche Recht ist und bleibt der Gemeingebrauch.

Ist aber der Gemeingebrauch wirklich ein dingliches Privatrecht, wie Jhering annimmt?

Jhering stützt seine Annahme einmal darauf, daß im römischen Recht die actiones populares bestimmt waren, den usus publicus zu schützen. Er ist der Ansicht,[9]) daß sich in der Klage (actio popularis) ein subjektives Recht ausspricht. Wie der Eigentümer durch die rei vindicatio sein Recht, so mache jeder aus dem Kreise, für den die res publicae bestimmt seien, mittels der actio popularis das seinige geltend. Dagegen ist aber zu sagen, daß mit der Geltendmachung des Gemeingebrauchsrechts durch diese actio zugleich das Recht aller anderen Bürger geschützt wird, nicht nur das des Klagenden, sodann, daß sich aus den Quellen mit Deutlichkeit ergibt, daß die Popularklagen bald ein eigenes Recht schützen können, bald nicht.[9]) Ubbelohde,[10]) der den Gemeingebrauch ebenfalls für ein dingliches Privatrecht hält, erkennt dies ausdrücklich an, findet aber dann den dinglichen Charakter des Gemeingebrauchs darin, daß die römischen Popularinterdikte zum Schutze des Gemeingebrauchs sich im gemeinen Recht verändert haben. Während im römischen Recht, wo der Gemeingebrauch als eine aus dem Bürgerrecht fließende Befugnis gegolten habe, quivis ex populo klagen konnte, wenn das Recht des Gemeingebrauchs verletzt wurde, könne im gemeinen Recht nur der klagen, dessen privates Interesse verletzt sei. „Folglich," sagt Ubbelohde a. a. O. Jl. II. S. 535, Jl. IV. S. 501, „ist die Befugnis des Einzelnen zu dieser Mitbenutzung zu einem Privatrecht geworden." Freilich kann auch Ubbelohde nicht

[8]) Jhering, Verm. Schrft. S. 148.

[9]) Derselbe S. 146.

[9]) Ubbelohde in Glücks Commentar Serie der Bücher 43, 44 Jl. IV S. 55 f.: Eisele a. a. O., S. 29 f.; Rosenfeld, Das Wesen des Rechts auf Gemeingebrauch an öffentlichen Flüssen und Wegen. Rostocker Diss. 1899. S. 18 f.

[10]) Ubbelohde a. a. O., S. 174.

umhin, zu bekennen, daß diese „Quasiservitut" nach allen Richtungen anders geartet ist, wie sonstige Privatrechte.

Das Recht auf Gemeingebrauch ist aber überhaupt nicht direkt durch diese Klagen geschützt. Sieht man nämlich den Interdiktenschutz, auf den sich Ubbelohde zum Nachweise des dinglichen Charakters des Gemeingebrauchs beruft, näher an, so findet man, daß er nur aushilfsweise gewährt wurde, sobald der öffentliche Schutz ungeeignet und unzureichend war, ferner nur dazu, um das Privatinteresse des Einzelnen, namentlich Schadensersatzansprüche, zu schützen.[11]) Darin mag vielleicht ein Schutz des Gemeingebrauchs erblickt werden, aber doch nur ein indirekter, darum können auch die gemeinrechtlichen Interdikte zum Nachweise des dinglichen Charakters des Gemeingebrauchs nicht verwendet werden.

Trotzdem jedoch angenommen, der Gemeingebrauch sei ein dingliches Privatrecht und noch Jhering das einzige dingliche Recht an den öffentlichen Sachen, wem stünde es dann zu?

Nach Jhering bestimmt die ungeteilte und unteilbare Gemeinsamkeit des Genusses an dem ungeteilt gemeinsamen Eigentum aller Berechtigten das ganze Verhältnis an den öffentlichen Sachen und nimmt die Gesamtheit der Berechtigten also das Publikum, dieselbe Stellung gegenüber den öffentlichen Sachen ein, wie der Eigentümer dem Eigentumsobjekt gegenüber.

Darauf ist aber zu erwidern, daß das Publikum, die Gesamtheit der Berechtigten, keine Rechtspersönlichkeit ist, der ein solches Recht zustehen könnte, wenigstens heute nicht. Wollte man die Ansicht Jherings in die Praxis umsetzen, so wäre es nötig, wieder dorthin zurückzukehren, von wo die deutsche Rechtsentwicklung ausgegangen ist, es müßte die alte Genossenschaft für derartige Rechtsverhältnisse wiederkehren. Für heute aber, wo Staat und Gemeinden juristische Personen sind und den Einzelnen selbstständig gegenüberstehen, wo Einzelrecht und Gesamtrecht scharf von einander geschieden sind, ist die Jheringsche Konstruktion nicht mehr zu verwenden.

Heutzutage kann das Publikum sein Gebrauchsrecht immer nur da geltend machen, wo es dem Staat oder einem anderen Subjekte der öffentlichen Verwaltung beliebt und die öffentlichen Sachen, an denen

[11]) Biermann, öffentliche Sachen. S. 33.

nach Jhering das dingliche Recht bestehen soll, kommen und gehen ohne nach diesem Rechte zu fragen. Ein solches Recht entbehrt aber in Wirklichkeit des dinglichen Charakters, weil ihm das wesentliche Merkmal eines jeden Sachenrechts fehlt, nämlich die ausschließliche Herrschaft der Person über die Sache.

Jhering selbst bezeichnet darum wegen des Mangels des individuellen Verfügungsrechts und der Unterordnung des Einzelnen in seiner Rechtssphäre das Gemeingebrauchsrecht als ein abnormes dingliches Recht und hat deshalb auch den Begriff des Rechtes a n einer Sache erweitert.

Eine solche Erweiterung des Begriffes „dingliches Recht" ist aber unhaltbar, weil das wesentliche Merkmal eines jeden Sachenrechts, die ausschließliche Herrschaft über eine Sache, beim Gemeingebrauche fehlt. Darum ist der Gemeingebrauch in Wahrheit kein Recht a n den öffentlichen Sachen.

Daraus folgt aber, daß die Keller-Jheringsche Construktion der Rechtsverhältnisse an den öffentlichen Sachen notwendigerweise dahin führen muß, die öffentlichen Sachen und damit auch die öffentlichen Land- und Wasserstraßen herrenlos zu machen, denn das dem Staat zustehende Hoheits- oder Polizeirecht soll ja kein dingliches Recht sein und gerade den Gegensatz bilden zu dem einzigen dinglichen Recht, dem Gemeingebrauch. Dieses Resultat steht aber mit den Tatsachen im Widerspruch, welche zeigen, daß in Wirklichkeit Eigentum an den öffentlichen Sachen besteht und der Gemeingebrauch nur eine bestimmte Art ist, in welcher der Eigentümer seine Rechte zu verwenden beliebt.

Zu demselben Resultat wie die Keller-Jheringsche Anschauung führt nun noch eine Theorie, die deshalb hier nicht unerwähnt bleiben soll.

Wie erwähnt besteht Streit darüber, wie das Herrschaftsrecht an den öffentlichen Flüssen aufzufassen sei und geht neben anderen bereits erörterten Ansichten eine Anschauung dahin, das Herrschaftsrecht des Staates an den öffentlichen Flüssen sei zu bezeichnen als „öffentliches Eigentum,[12]) eine Meinung, die mit der hier vertretenen nur den Namen gemein hat.

---

[12]) Gesterding im Archiv für civ. Praxis III; Schwab ebendaselbst XXX Beilageheft; Funcke daselbst XII.

Man sagt: das Staatseigentum ist kein einheitliches, entweder ist es solches, welches dem Staat als *solchem* zusteht und keinem anderen als ihm zukommen kann oder es ist solches, das er in seiner Eigenschaft als juristische Person hat u. auch einem anderen Rechtssubjekt zustehen kann. Beide Arten unterscheiden sich nicht nur nach der Eigenschaft des Berechtigten, sondern auch nach der Natur des Rechtsobjekts und endlich nach dem Umfang und der Art der Berechtigung. Die Gegenstände die im Eigentum stehen können, seien entweder res extra commercium oder nicht, in Beziehung auf erstere sei der Staat Eigentümer im öffentlichrechtlichen Sinn, in Bezug auf letztere sei er Privateigentümer. Ersteres Eigentum sei eine dem sogenannten Hoheitsrecht am nächsten kommende Befugnis und im Gegensatz zum Staatsprivateigentum zu bezeichnen als Staatseigentum im engeren, eigentlichen Sinn.[13])

Wie sieht aber dieses sogenannte „Eigentum" aus?

Zunächst wird schon der Begriff des öffentlichen Eigentums als ein *wesentlich* anderer als der des Privateigentums dargestellt. Letzteres gäbe dem Berechtigten eine unbeschränkte Verfügungsgewalt über ihre Gegenstände und daher auch das Recht dieselben zu veräußern oder doch in Bezug auf dieselben einzelne Befugnisse an andere abzutreten, sowie die Befugnis des Eigentümers jeden anderen von jedem Gebrauch der Sache abzuschließen. Bei dem öffentlichen Eigentum dagegen seien die Befugnisse des Eigentümers durch die rechtliche Natur und den Zweck, zu welchem diese Gegenstände vorhanden seien, in den beiden genannten Beziehungen beschränkt. Vermöge ihrer Bestimmung sei die Sache eine öffentliche und habe der Staat nur *als solcher* ein Recht. Sie könne, ohne diese Eigenschaft zu verlieren, nicht veräußert werden, es könne ferner aus dem Recht an der Sache als öffentlicher nur das Recht abgeleitet werden über dieselben in dieser Eigenschaft zu verfügen, nicht aber in einer anderen Eigenschaft, d. h. in deren Eigenschaft als Privatsache. Folglich könne aus dem öffentlichen Eigentum eine ausschließliche Dispositionsbefugnis nicht folgen. Die letztere sei aber auch dem Zweck, zu welchem der Gegenstand vorhanden sei, zuwider. Das öffentliche Eigentum sei zur Benutzung aller Staatsbürger bestimmt und daher eine Verfügung von Seiten des Staates, welche gerade diesen allgemeinen Gebrauch unmöglich mache, indem sie

[13]) Schwab a. a. O., S. 31, 32, 95.

die Benutzung ganz oder teilweise für sich allein in Anspruch nehme oder einem einzelnen als ausschließliches Recht übertrage, der rechtlichen Bestimmung desselben widersprechend. Der Staat sei befugt, jede der öffentlichen Eigenschaft angemessene Verfügung mit der Sache vorzunehmen, soweit er hiebei den Zweck, zu welchem sie bestimmt sei, nicht aus dem Auge verliere. So dürfte der Staat z. B. einen öffentlichen Fluß zum Zwecke der Schiffahrt oder Flößerei mit Dämmen versehen, dessen Bett reinigen, Untiefen und sonstige Hindernisse wegräumen. Was insbesondere den öffentlichen Gebrauch dieser Sachen von Seiten der Staatsbürger betreffe, so folge aus dem Staatseigentum die Befugnis der Regierung diesen Gebrauch nach öffentlichrechtlichen Grundsätzen zu ordnen, zu beaufsichtigen, zu beschränken.

Die rechtliche Natur der öffentlichen Sachen als Gegenstand des Staatseigentums habe eine negative und eine positive Seite.

Dadurch, daß das Eigentum des Staates an den öffentlichen Sachen ein von dem Privateigentum wesentlich verschiedenes Recht sei und zwar hinsichtlich zweier Hauptwirkungen des letzteren, nämlich des Verfügungsrechts über die Sache und als dessen Folge des Nutzungsrechts einerseits und des ausschließlichen Gebrauchsrechts andererseits ergeben sich folgende zwei Wirkungen:

1. aus dem Eigentum des Staates lassen sich vorhandene Privatrechte einzelner Staatsbürger in Betreff der Benutzung der öffentlichen Sachen überhaupt nicht ableiten, insoferne das Staatseigentum die Befugnis einer privatrechtlichen Verfügung und daher auch einer Veräußerung nicht erteilen könne,

2. ebensowenig könne ein ausschließliches Recht der Staatsgewalt selbst, vermöge dessen dieselbe befugt sei, den Gebrauch der öffentlichen Sachen sich allein zuzueignen oder solche den Staatsangehörigen gegen eine bestimmte Abgabe zu verstatten auf das öffentliche Eigentum zurückgeführt werden. Dies sei die negative Seite des Staatseigentums an den öffentlichen Sachen.

Die positiven Folgen des Staatseigentums seien dann:

1. das Verfügungsrecht des Staates über die öffentlichen Sachen und hiernach habe der Staat insbesondere das Recht, die ihrem Zweck entsprechenden Einrichtungen an denselben vorzunehmen, unbeschadet ihrer Substanz,

2. das Recht der Beaufsichtigung, Regelung und Beschränkung.

Aus all dem folgt aber, daß das „öffentliche Eigentum" oder „eigentliche Staatseigentum" an den öffentlichen Sachen, wie Schwab, Funcke und Andere es zur Anschauung bringen, in Wirklichkeit den Namen „Eigentum" überhaupt nicht verdient. Es ist nicht weniger und nicht mehr als ein bloßes Hoheitsrecht des Staates, um diese Sachen bei ihrer Bestimmung zu erhalten. Schwab[14]) scheint das selbst einzusehen, wenn er sagt: „Der Rechtsgrund dieser sämtlichen Befugnisse könnte allerdings aus der Staatsgewalt, als Inbegriff der wesentlichen Hoheitsrechte überhaupt abgeleitet werden, ohne daß es nötig wäre hiefür noch einen besonderen Rechtstitel in dem öffentlichen Eigentum zu suchen". Ja er spricht es selbst aus mit den Worten: „Allerdings gibt das öffentliche Eigentum seiner Natur nach dem Staate ein mehr polizeiliches Recht der Aufsicht, Regelung und Beschränkung als ein ausschließliches Verfügungsrecht über die Sache, wie dieses das Privateigentum den Berechtigten verleiht".[15])

Sachlich kommt man aber damit auf den Standpunkt von Keller und Ihering zurück, nur daß diese der Sache doch wenigstens im Publikum einen Herrn geben, während sie bei dieser Ansicht von vornherein herrenlos sind.

Mit der hier vertretenen Theorie des öffentlichen Eigentums hat darum auch das oben dargestellte „öffentliche Eigentum" nichts gemein als nur den Namen. Soll „öffentliches Eigentum" in Wahrheit „Eigentum" sein, dann muß es auch seinen Inhaber ausstatten mit einer ausschließlichen Macht über die Sache und der daraus folgenden Befugnis über sie zu verfügen, und das Prädikat „öffentlich" darf nur die Bedeutung haben, daß der Inhaber „öffentlichen Eigentums" entsprechend dem Zweck, den er mit seiner Sache verfolgt, nämlich öffentliche Verwaltung zu üben, für alle Rechtsäußerungen seines Eigentums dem öffentlichen Recht untersteht.

d) Rechtfertigung der Theorie des öffentlichen Eigentums im Allgemeinen.

§ 18. 1.) Allgemeines.

Eigentum ist privatrechtlich gesprochen die rechtliche, ausschließliche Macht oder Herrschaft einer Person über eine Sache.

---

[14]) Schwab a. a. O., S. 57 u. 80.
[15]) Schwab a. a. O., S. 58 u. 81.

Fragt sich zunächst, kann der Begriff „Eigentum" überhaupt ins öffentliche Recht verwiesen werden?

Das Privatrecht hat es zu tun mit einander r e c h t l i c h g l e i c h gegenüberstehenden Personen und bedeutet darum P r i v a t eigentum, daß die Beziehungen, welche der Inhaber des Eigentums von hier aus mit anderen Rechtssubjekten anknüpft, nach den Rechtsregeln sich richten, die zur Anwendung kommen, wo die Einzelnen rechtlich einander gleich sind. Bei dem öffentlichen Recht dagegen, dessen Regeln ja für das öffentliche Eigentum maßgebend sein sollen, ist immer die öffentliche Gewalt beteiligt mit ihrem rechtlich überwiegenden und darum die anderen Rechtssubjekte einseitig bestimmenden Willen. Dieses Merkmal des öffentlichen Rechts vermag nun keineswegs den Eigentumsbegriff im öffentlichen Recht auszuschließen. Der Satz, daß der Staat immer dem Civilrecht unterliegen muß, wo Vermögen, Geld oder Geldeswert bei der Tätigkeit des Staates in Frage ist, ist unrichtig.[1]) Es gibt sowohl vermögensrechtliche Ordnungen des Civil- wie des öffentlichen Rechts und kommt es nur immer darauf an, ob die Beziehungen, in welche der Eigentümer eintritt, nach dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht geregelt sind. Wie es eine öffentlichrechtliche Grunddienstbarkeit, eine öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung gibt, so gibt es natürlich auch ein öffentliches Eigentum. Das wird gerne zugegeben, aber man meint,[2]) alle diese öffentlichrechtlichen Rechtsinstitute würden „ihrer Struktur und Anlage" nach doch einfach mit dem entsprechenden privatrechtlichen übereinstimmen und nur in sofern dem öffentlichen Recht zugewiesen werden, als sie das Interesse der Allgemeinheit lebhaft berühren. Der Zusatz „öffentlich" bedeutet aber doch etwas mehr als nur ein lebhaftes Berührtwerden mit dem öffentlichen Interesse. Der Name des betreffenden Rechtsinstituts mag ja wohl immer auf eine gewisse äußere Uebereinstimmung mit dem privatrechtlichen Vorbild hindeuten, aber im Zusatz „öffentlich" oder „öffentlichrechtlich" liegt der juristische Gegensatz. Dieser Zusatz hat immer die Bedeutung, daß im Gegensatz zu dem civilrechtlichen Rechtsinstitut, wo immer die einzelnen einander gleich sind, hier die öffentliche Gewalt beteiligt ist mit ihrem rechtlich überwiegenden und darum die anderen Subjekte einseitig bestimmenden Willen.

[1]) Seydel, Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre S. 38; Wach. Civ. Proz. Recht I S. 55 ff.; Mayer Otto a. a. O., I, S. 138.

[2]) Z. B. Burkhard in Grünhuts Zeitschrift XV S. 644; Bl. f. adm. Praxis 1870. S. 333.

Steht somit der Zuweisung des Begriffs „Eigentum“ ins öffentliche Recht nichts im Wege, so ist aber doch noch zu prüfen, ob der Begriff „Eigentum“ im öffentlichen Recht seine Eigenart behält oder wie Eisele[3]) sagt: „seinen formalen juristischen Typus“.

Die vollständige Kongruenz von Inhalt des Rechts und Objekt des Rechts ist das positiv Charakteristische des Privateigentums. Es ist nichts in und an der Sache, was nicht zugleich Inhalt dieses Rechts wäre. Der Privateigentümer kann mit seiner Sache schalten und walten wie er will, er ist nicht etwa von vornherein an eine Bestimmung seiner Sache für einen bestimmten Zweck gebunden. Ihering sagt, daß sich das Privateigentum dadurch auszeichne, daß der Eigentümer frei sei in der Wahl seiner Genußformen.

Anders liegen aber die Dinge bei dem öffentlichen Eigentum oder, was gleichbedeutend ist, dem Eigentum an den öffentlichen Sachen, zu denen besonders die öffentlichen Land- und Wasserstraßen gehören. Sind solche Sachen vorhanden, so dienen sie und können nur dienen einem bestimmten öffentlichen Zweck, insbesondere dem Gemeingebrauch. Daraus folgt aber ohne weiteres, daß das Eigentum an den öffentlichen Land- und Wasserstraßen nur eine einzige Genußform haben kann, nämlich diese Sachen dem öffentlichen Zweck, dem sie gewidmet sind, zu erhalten. Da nun im Interesse einer guten Ordnung des Gemeinwesens solche Einrichtungen unbedingt erforderlich sind und Staat und Gemeinden als Subjekte der öffentlichen Verwaltung für deren Vorhandensein zu sorgen haben, liegt im Eigentum solcher Sachen, denen die Zweckbestimmung zum Gemeingebrauch inhäriert und die den öffentlichen Zweck durch ihr bloßes Vorhandensein erfüllen zugleich auch die öffentliche Verwaltung. Damit ist aber der formale juristische Typus des Eigentumsbegriffes gegeben: es ist nichts an der öffentlichen Sache, was nicht zugleich Inhalt des Eigentums wäre, denn die Bestimmung öffentliche Verwaltung zu üben, inhäriert ja sowohl der Sache selbst als dem Rechte an der Sache.

Privateigentum wäre an solchen Sachen unmöglich einmal mit Rücksicht darauf, daß der Private, auch der Staat kommt hier in Betracht, so oft er privatwirtschaftlich auftritt, mit seinem Eigentum nur privatwirtschaftliche, eigennützige Zwecke verfolgt, sodann deswegen,

[3]) Eisele a. a. O., S. 24.
[4]) Ihering, Geist des röm. Rechts III, S. 337.

weil das Privateigentum rechtlich gleiche Rechtssubjekte voraussetzt. Bei den öffentlichen Sachen dagegen handelt es sich nicht um privatwirtschaftliche Interessen, sondern um öffentliche Interessen, um die Interessen der öffentlichen Verwaltung. Dafür hat aber der Staat zu sorgen und diejenigen, denen der Staat die Sorge dafür übertragen hat, darum können nur diese in Wahrheit öffentliche Sachen besitzen. Sobald aber die öffentliche Verwaltung in Frage steht, stehen Staat und Gemeinde den Einzelnen nicht mehr auf dem Boden der Gleichberechtigung gegenüber, sondern als rechtlich überwiegende Macht und deswegen kann nicht mehr Privatrecht zur Anwendung kommen, sondern öffentliches Recht, das für die öffentliche Verwaltung normale Recht. Es entspricht eben der guten Ordnung, daß das von Natur Gleichartige auch gleichgeordnet ist.

Daraus folgt aber, daß der Staat und die anderen Subjekte der öffentlichen Verwaltung an den öffentlichen Land- und Wasserstraßen nur öffentliches Eigentum haben können, also eine in Wirklichkeit vorhandene, nach öffentlichem Recht zu beurteilende ausschließliche Herrschaft über diese Einrichtungen, um die Tätigkeit entwickeln zu können, die zur Verwirklichung der Staatszwecke unumgänglich nötig ist, um damit öffentliche Verwaltung zu üben.

Der Sache gegenüber, welche Gegenstand dieser Eigentumsmacht ist, enthält nun das Eigentum nichts rechtliches, sondern wird rechtlich erst dadurch, daß die Beziehungen, in welche der Eigentümer von hier aus zu anderen tritt, in dem ihm entsprechenden Sinn rechtlich geordnet ist. Auf das öffentliche Eigentum übertragen, bedeutet dies, daß die Beziehungen nach öffentlichem Recht geordnet sein müssen. Ehe wir aber daraufhin das Eigentum an den öffentlichen Land- und Wasserstraßen untersuchen, muß zuvor noch die Frage nach den Entstehungsgründen des öffentlichen Eigentums beantwortet werden.

§ 19. 2. Mit Rücksicht auf seine Begründung.

Eigentum des Staates an den öffentlichen Sachen und die mit der Bestimmung der öffentlichen Sachen zusammenhängenden Besonderheiten jenes staatlichen Herrschaftsrechts, die uns veranlassen das Eigentum ins öffentliche Recht zu verweisen, entstehen erst durch einen dem öffentlichen Recht angehörigen Akt, der die Sachen ihrem besonderen öffentlichen Zwecke hingibt.

Es ist nicht an dem, daß das Eigentum an den öffentlichen Land- und Wasserstraßen erworben würde wie anderes Eigentum[1]) und aufhört wie anderes Eigentum.

Selbstverständlich wird der Grund und Boden für die öffentlichen Wege und Kanäle beispielsweise nach den Regeln des Privatrechts erworben, wenn nicht etwa die Enteignung Platz zu greifen hat; damit ist aber die öffentliche Sache noch nicht vorhanden, wie sie nicht mehr vorhanden ist, wenn Grund und Boden derselben verkauft werden sollte. All das sind Rechtshandlungen, die außerhalb des Eigentums an öffentlichen Sachen stehen, sie vermögen daher auf die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Land- und Wasserstraßen einen rechtlich bestimmenden Einfluß nicht zu üben.

Damit das besonders geartete Eigentumsrecht entstehen kann, ist vor allem erforderlich, daß durch die Sache die öffentliche Zweckbestimmung verwirklicht werden kann, daß die Sache so beschaffen ist, wie es ihre Bestimmung verlangt.[2]) Die Möglichkeit dieser Verwirklichung kann nun entweder in der natürlichen Beschaffenheit der Sache bereits vorliegen z. B. bei den schiffbaren Flüssen oder sie kann im bisherigen Gebrauche begründet sein z. B. bei einem Privatweg, der früher schon dem öffentlichen Verkehre offen stand, oder sie kann durch staatliche Mittel erst geschaffen werden z. B. bei Kanälen, neuanzulegenden Straßen etc.

Ist die Sache dann so beschaffen, wie es ihre Zweckbstimmung erfordert, so muß sie, damit sie öffentliche Sache werde und der Staat durch sie geordnete Verwaltung ausüben kann, an ihren Zweck gewidmet werden. Sobald die Widmung erfolgt ist, ist dann aber auch jenes besonders geartete Herrschaftsrecht vorhanden, das wir „öffentliches Eigentum" nennen. In der Widmung ist immer der Wille des Staates oder eines anderen Subjekts der öffentlichen Verwaltung zu suchen, eine für einen öffentlichen Zweck geeignete Sache, diesem hinzugeben. Gleichzeitig vollzieht sich aber auch damit die Aenderung, daß von jetzt ab der Staat etc. nicht mehr als Privateigentümer seiner Sache den anderen Rechtssubjekten gegenüber treten will, sondern als Subjekt der öffentlichen Verwaltung, als übergeordnete Macht und damit als öffentlicher Eigentümer.[3])

[1]) Wappäus a. a. O., S. 102.
[2]) Kisch a. a. O., S. 383.
[3]) Mayer Otto a. a. O., II, S. 86: „Die Widmung ist eine Willens-

Diese für Dritte rechtserhebliche Tatsache muß aber diesen irgendwie bekannt gemacht werden. Das geschieht ebenfalls durch die Widmung, die ihrerseits wieder speziell oder generell sein kann:

Generell ist die Widmung dann, wenn ein für allemal durch das Gesetz ausgesprochen ist, daß Sachen von einer bestimmten natürlichen Beschaffenheit einem bestimmten öffentlichen Zweck, gewöhnlich ist es der Gemeingebrauch, zu dienen haben. Hieher gehören die schiffbaren und flößbaren Flüsse (cf. Art. 1 des bayerischen Wassergesetzes vom 23. März 1907). Beim Vorhandensein solcher Sachen steht dann immer fest, daß es öffentliche Sachen sind.

Speziell ist dagegen die Widmung, wenn von Fall zu Fall eine Sache, die durch ihre Beschaffenheit einem öffentlichen Zweck zu dienen vermag, z. B. eine neu hergestellte Straße, zur öffentlichen erklärt wird.

Diese Erklärung kann wieder ausdrücklich oder stillschweigend sein.

Ausdrücklich geschieht sie gewöhnlich in einem Beschluß oder einer Verfügung der competenten Behörde, wobei es nicht erforderlich ist, daß in feierlicher Weise eine Indienststellung der öffentlichen Sache erfolgt.

Eine stillschweigende Widmung ist immer zu folgern aus bestimmten concludenten Handlungen. Hieher ist namentlich zu rechnen der Fall, wo eine bisher im Bau begriffene und gesperrte Straße nach ihrer Fertigstellung dem allgemeinen Verkehr geöffnet wird, oder wo ein im Privateigentum von Staat oder Gemeinde stehender Weg, der nur von bestimmten Personen benützt werden durfte, tatsächlich im Gemeingebrauche steht und Staat oder Gemeinde z. B. durch Instandhalten des Weges, Schutz des Gemeingebrauch etc. ihrem Willen in dieser Richtung Ausdruck verleihen. Sicher ist auch darin eine stillschweigende Widmung zu erblicken, wenn Staat oder Gemeinde einen Privatweg erwerben und ihn im Gemeingebrauch belassen, es liegt dann im Erwerbsakt zugleich der Wille diese Sache zu einer öffentlichen zu machen. Keinesfalls hat aber damit der Staat etc. eine öffentliche Sache erworben, weil eben die Sache vorher, wenn sie auch tatsächlich im Gemeingebrauche stand, keine öffentliche Sache war.

äußerung, die dem Gebiete der öffentlichen Verwaltung angehört; aber sie ist kein Verwaltungsakt". Sie ist ähnlich der civilrechtlichen Verfügung des Eigentümers über seine Sache. Vgl. auch Anm. 3 eod.

Erst durch die Widmung seitens eines Subjekts der öffentlichen Verwaltung entsteht eine öffentliche Sache und damit zugleich auch das mit ihr notwendigerweise gegebene öffentliche Eigentum.

Ist aber in Wahrheit Eigentum gegeben, so muß sich das dingliche Recht an der Sache auch darin äußern, daß der Berechtigte über sie verfügen kann, um Rechte anderer zu begründen.

§ 20. 3.) **Mit Rücksicht auf die Aeußerungen des Eigentums.**

„An diesem Punkt" sagt Mayer a. a. O. II S. 95, „kommt nun das öffentliche Eigentum gegenüber den anderen Rechtsformen der öffentlichen Sache zu seiner vollen Bedeutung und zugleich gerade wegen der engeren Verwandtschaft in den offensten Gegensatz zum civilrechtlichen Eigentum".

Die privatrechtliche Theorie läßt bekanntlich alle Rechtsgeschäfte an den öffentlichen Sachen in den Formen des Civilrechts zu, soferne diese nicht in den Gemeingebrauch eingreifen. Darnach könnte der Eigentümer seine öffentliche Sache privatrechtlich veräußern, belasten, vielleicht sogar verpachten, allerdings immer unbeschadet ihres öffentlichen Zweckes. Dabei verkennt man aber keineswegs, daß wie z. B. Wappäus (a. a. O. S. 102) meint: „aus naheliegenden Gründen" eine Uebertragung des Eigentums an eine Privatperson selten oder nie vorkommt. Sonst werden aber ohne Bedenken an den öffentlichen Sachen, besonders den Land- und Wasserstraßen, Privatrechte z. B. Servituten für möglich gehalten und construiert.

Wir von unserm Standpunkt aus halten nun ebenfalls Privatrechte an den öffentlichen Sachen für möglich, aber — und damit trennen wir uns von der privatrechtlichen Theorie — nicht privatrechtliche Rechte sondern Rechte von Privaten nach öffentlichem Recht und in dessen Formen. Das „extra commercium esse" hat für uns die Bedeutung daß eine Sache, die im öffentlichen Eigentum steht, der Anwendbarkeit das Civilrecht entzogen und dem öffentlichen Recht zugewiesen ist.[1])

[1]) Vgl. Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Obertribunals gelangt sind. 90 S. 345: „Die Straßen sind res publicae, ... über welche nur nach den Grundsätzen des öffentlichen Recht verfügt werden kann". Neuner Privatrechtsverhältnisse S. 131 drückt das Doppelverhältnis der res publ. dahin aus: Durch ihre negative Bedeutung (extra commercium esse) sind sie dem Gebiete des Privatrechts entzogen, durch ihre positive Bedeutung (Eigentum des Staates oder Gemeinde, Benutzungsrecht Aller) sind sie dem öffentlichen Recht zugewiesen".

Ausgeschlossen ist zunächst einmal die Veräußerung des öffentlichen Eigentums durch ein civilrechtliches Rechtsgeschäft.

Hierher darf keineswegs der Fall gerechnet werden, wo Grund und Boden z. B. einer aufgelassenen Straße veräußert wird, denn dann ist ja öffentliches Eigentum, Eigentum an einer öffentlichen Straße überhaupt nicht mehr vorhanden.

Wohl aber kommt es häufig vor, daß z. B. Staatsstraßen von Gemeinden übernommen werden. (Vgl. z. B. preuß. Gesetz vom 8. Juli 1875 § 18 Abs. 2, wonach die Staatsstraßen auf die Communalverbände übertragen werden). Hier findet allerdings in Wirklichkeit eine Uebertragung von öffentlichem Eigentum statt zwischen dem Staat und einem Selbstverwaltungskörper aber nicht nach Civilrecht. Wollte man dieses hier zur Anwendung bringen, so bliebe nur die Rechtsform des Kaufs, dieser aber müßte dann seine Grundsätze ins Gegenteil verkehren, denn der Staat erhält für seine Straße nicht nur nichts, sondern muß höchst wahrscheinlich der Gemeinde noch einen Zuschuß für die Uebernahme der Straße leisten. Bei Uebertragungen von öffentlichen Eigentum, wofür die Uebernahme öffentlicher Straßen die Hauptbeispiele bieten, handelt es sich lediglich um eine Verteilung der Aufgaben der Verwaltung oder aber um eine Bestimmung von Verwaltungsaufgaben der Gemeinden. Das ist aber öffentlichrechtlicher Natur und hat darum das Civilrecht hier auszuscheiden.

Ausgeschlossen ist ferner das privatrechtliche Institut der Eigentumsersitzung an den öffentl. Sachen. Das ist etwas ganz natürliches, denn solange z. B. eine öffentliche Straße vorhanden ist, wird immer der Gemeingebrauch daran geübt werden und darum wird niemand ein Herrschaftsrecht über die öffentliche Straße, wie solches die Ersitzung voraussetzt, erlangen können.

Für vollen Rechtsübergang sind somit die Formen des Civilrechts unanwendbar. Das gleiche gilt für die Begründung von Beschränkungen und Belastungen des öffentlichen Eigentums und zwar sowohl von den etwa vertragsmäßig zu vereinbarenden wie auch von den gesetzlichen Dienstbarkeiten und Eigentumsbeschränkungen.

Dagegen können öffentliche Servituten und öffentliche Eigentumsbeschränkungen, also solche, die sich aus dem öffentlichen Recht ergeben, für bestimmte öffentliche Zwecke an den im öffentlichen Eigentum stehenden Sachen, besonders auch an den öffentlichen Land- und

Wasserstraßen begründet werden. So bestimmt z. B. § 1 des Telegraphenwege-Gesetzes vom 18. Dez. 1899:

„Die Telegraphenverwaltung ist befugt, die Verkehrswege für ihre zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenlinien zu benutzen, soweit nicht dadurch der Gemeingebrauch der Verkehrswege dauernd beschränkt wird. Als Verkehrswege im Sinne dieses Gesetzes gelten mit Einschluß des Luftraumes und des Erdkörpers, die öffentlichen Wege, Plätze, Brücken und die öffentlichen Gewässer nebst deren dem öffentlichen Gebrauche dienenden Ufern".

Aber nicht nur für öffentliche Zwecke auch im Interesse von Privaten können in mannigfacher Weise Benutzungsrechte der Einzelnen an den im öffentlichen Eigentum stehenden Sachen begründet werden, allerdings nicht in den Formen des Privatrechts, sondern des öffentlichen Rechts. Dem einzelnen Privaten tritt eben Staat und Gemeinde als Subjekt der öffentlichen Verwaltung, als öffentliche Gewalt, gegenüber, wenn dieser besondere Vorteile an der öffentlichen Sache erlangen will, die nicht im Gemeingebrauch enthalten sind.

Dabei ist aber ein Unterschied zu machen, denn nicht Alles, was die öffentlichen Sachen zu leisten vermögen, gehört hierher und steht unter der ausschließlichen Herrschaft des öffentlichen Rechts. Die Grasnutzungen an den Landstraßen, Flußufern, Kanalböschungen, der Obstertrag an den Obstbäumen längs der Landstraßen, die Eisgewinnung am Kanal 2c., auch das Recht der Jagd und Fischerei werden in den Formen zivilrechtlicher Verträge, besonders der Kauf- und Pachtverträge, anderen überlassen. Hier handelt es sich aber nicht um die öffentlichen Sachen selbst, sondern um äußeres Zubehör und zur Loslösung bestimmte Teile. Daß über diese Dinge in den Formen des Zivilrechts verfügt wird, ist etwas selbstverständliches und hat mit den öffentlichen Sachen nichts zum tun.[2]) Keineswegs kann diese Tatsache dazu verwendet werden, um Privateigentum an den öffentlichen Sachen zu beweisen, sonst müßte man dazu kommen, das Nebensächliche anzusehen als etwas, das die rechtlichen Verhältnisse der öffentlichen Sachen wesentlich zu beeinflussen vermag, oder aber zu sagen, Staat und Gemeinde hätten solche Sachen nur um dieser Nutzung willen und der

[2]) Mayer a. a. O., II, S. 111; Archiv für öffentliches Recht Bd. XVI. S. 55 Anm. 18.

hauptsächlichste Grund, warum solche Sachen bestehen, nämlich um dem Gemeingebrauch zu dienen, beschränke jenes Privateigentum. Das heißt die Dinge verkehren.

In unsere Betrachtung gehören nur die Vorteile und Nutzungsrechte der Einzelnen, welche die öffentliche Sache unmittelbar selbst erfassen.

Dahin gehört nun vor allem der Gemeingebrauch.

Wie oben schon erwähnt, ist er kein dingliches Recht an den öffentlichen Sachen, sondern, wenn er in eine Beziehung zum öffentlichen Eigentum gebracht wird, eine Verfügung des Eigentümers über seine Rechte. Der Einzelne hat kein subjektives Recht auf den Gemeingebrauch an einer bestimmten Straße beispielsweise, nur ganz allgemein hat er das Recht, öffentliche Sachen, solange sie diese Bestimmung haben, zu benützen. Der Gemeingebrauch ist nur eine allgemeine Befugnis ohne eigentl. Rechtscharakter, eine res merae facultatis, wie Oertmann[3]) es ausdrückt. Diese Befugnis ist nicht gebunden an die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Staat oder einer bestimmten Gemeinde,[4]) sondern sie folgt vielmehr aus der Persönlichkeit des Einzelnen, ist ein Ausfluß der persönlichen Bewegungsfreiheit.[5]) Der Gemeingebrauch ist kein verliehenes Recht, er ist von vornherein mit jedem rechtsfähigen Subjekte verbunden, ist ein angeborenes, ein Menschenrecht. Die Annahme eines solchen besonderen, mit der Persönlichkeit verknüpften Rechts, ausgestattet mit absoluter Wirkung, erklärt auch leicht und befriedigend alle sonstigen Schwierigkeiten, nämlich seine Unvererblichkeit, Unveräußerlichkeit, Unverzichtbarkeit und die Erscheinung, daß es von einzelnen weder erworben noch verloren werden kann.[6])

Mag auch Streit darüber bestehen, ob der Grund des Gemeingebrauchs zu suchen ist in dem Recht der Persönlichkeit oder aber in der Zugehörigkeit zu Staat oder Gemeinde, jedenfalls ist es heute herrschende Ansicht, daß zur Zeit kein Privatrecht auf den Gemeingebrauch an den öffentlichen Sachen mehr anzunehmen ist.[7])

[3]) Oertmann, bayrisches Landesprivatrecht § 93.

[4]) Vgl. besonders Rosenfeld, das Wesen des Rechts auf Gemeingebrauch an öffentl. Flüssen und Wegen.

[5]) Dernburg Pand. I, S. 164; Kisch a. a. O., § 69; Mayer a. a. O., II, S. 116.

[6]) Thiele, Wesen des Gemeingebrauchs an den res privatae, S. 17; Oertmann a. a. O., S. 393.

[7]) Biermann a. a. O., S. 45 u. die dort cit. Schriftsteller.

Bestritten ist dagegen die Rechtsnatur der besonderen Nutzungen, die den Einzelnen außer dem Gemeingebrauch besonders an den öffentlichen Land- und Wasserstraßen zustehen können. Zu diesen Nutzungen gehören beispielsweise: Das Aufstellen von Marktständen auf den öffentlichen Straßen, die Einräumung eines Droschkenhalteplatzes, eines Liegeplatzes im Schiffahrtskanal, die Befugnis, Eisenbahngeleise in den Straßenboden einzulassen usw. Würden diese Rechte eingeräumt in den Formen des Privatrechts, dann wäre auch das Eigentumsrecht an den öffentlichen Land- und Wasserstraßen Privateigentum, soll sich darum die hier vertreten Auffassung des öffentlichen Eigentums bewähren, so muß nachgewiesen werden, daß Begründung, Ausübung und Endigung dieser besonderen Nutzungsrechte nach öffentlichem Recht zu beurteilen ist.

Die staatlichen Gewährungen zerfallen nun ihrer rechtlichen Natur nach in zwei getrennte Arten und zwar in die Gebrauserlaubnis und die Verleihung oder Konzession.[8]) Von der Gebrauchserlaubnis unterscheidet sich die Verleihung dadurch, daß sie immer auf die Dauer berechnet ist und der Beliehene in förmlichen Besitz an einem Stück öffentlicher Verwaltung tritt. Als Beispiel einer Verleihung sei z. B. erwähnt die Befugnis, in einem öffentlichen Fluß ein Stauwehr zu errichten, als Beispiel einer Gebrauchserlaubnis das Aufstellen von Trinkhallen auf einer öffentlichen Straße.

Was zunächst die Gebrauchserlaubnis anlangt, so gehört sie ihrer rechtlichen Natur nach „in den Ideenkreis der Nutzungsgewährungen an öffentlichen Anstalten.“ [9]) Schon oben bei der Erörterung des Begriffes „öffentliche Land- und Wasserstraßen“ ist der Anstaltseigenschaft dieser staatlichen Einrichtungen Erwähnung getan worden, hier kommt sie nun deutlich zur Geltung. Werden Nutzungen außerhalb des Gemeingebrauchs gewährt, so ist dies immer eine tatsächliche Verwendung der Sache kraft des Berufes, sie zu verwalten, eine Verwendung zu gunsten des zum Gebrauche Zugelassenen.

Die Gewährung von Anstaltsnutzungen geschieht nun gewöhnlich in der Form der Sachmiete, also privatrechtlich, nicht ist aber das Gleiche der Fall bei den öffentlichen Sachen. Hier finden wir wieder,

[8]) Diese Scheidung ist entnommen aus dem Verwaltungsrecht von Otto Mayer Bd. II, der zuerst diese Scheidung mit ihren rechtlichen Consequenzen in umfassender Weise zur Anschauung gebracht hat.

[9]) Mayer a. a. O., II, S. 139.

daß sie vom Privatrechtsverkehr ausgeschlossen sind, und ihr Eigentümer Rechtsgeschäfte nach Privatrecht nicht abschließen kann, denn, wie bereits erwähnt, gehören Nutzungen, wie etwa die Eisgewinnung, Grasnutzung ꝛc. nicht hierher, da sie nicht die öffentliche Sache als solche betreffen, sondern zur Loslösung bestimmte Teile und äußeres Zubehör.

Gewährt der Staat oder die Gemeinde Nutzungen an öffentlichen Sachen, so kann er als Eigentümer dieser Sachen dem um die Nutzung Nachsuchenden nur als Subjekt der Verwaltung gegenübertreten, nie aber als Privatmann. Auch bei Gewährung solcher Nutzungen sind es immer die öffentlichen Interessen, welche der Eigentümer im Auge behalten muß, eigennützige Interessen kann er dabei nicht verfolgen, sonst müssen eben die öffentlichen Interessen darunter leiden. Die Gewährung, sagt Mayer a. a. O. II., S. 141, „verbindet sich von selbst mit derjenigen Tätigkeit, welche darauf gerichtet ist, die gute Ordnung der öffentlichen Sache aufrecht zu erhalten, mit der Polizei der öffentlichen Sache."

Zur Erteilung der Gebrauchserlaubnis genügt nun jede Willensäußerung, aus der sich die Einwilligung in den Sondergebrauch ergibt, es besteht keine feste Form, in der sie erscheinen müßte, wie etwa bei der Gewährung von Anstaltsnutzungen an den nicht öffentlichen Sachen. Eine feste Form ist aber auch nicht erforderlich, da durch die Gebrauchserlaubnis keine neuen Rechtsverhältnisse bezüglich der Sache begründet werden sollen. Die Gewährung ist lediglich eine tatsächliche Verwendung der Sache, kraft des Berufes sie zu verwalten, eine Verwendung zu Gunsten des zum Gebrauche Zugelassenen.

Die Gebrauchserlaubnis ist kein Rechtsgeschäft im Gegensatz zu der später zu besprechenden Verleihung und begründet daher auch keine Rechte. Sie ist jederzeit frei zurücknehmbar, nur Rücksichten der Billigkeit geben ihr eine gewisse Stetigkeit. Die Gebrauchserlaubnis gewährt nur eine tatsächliche Nützlichkeit des bestimmten Gebrauchs an der öffentlichen Sache und schließt, solange sie besteht, ein polizeiliches Vorgehen gegen die erlaubte Benutzung aus.

Die privatrechtliche Theorie macht aus diesen Fällen der Gebrauchserlaubnis natürlich Privatrechte der Einzelnen und führt sie zurück auf Miete oder Pacht.

Damit steht aber im Widerspruch, daß diese sogenannten Rechte jederzeit frei zurücknehmbar sind seitens Staat oder Gemeinde. Auf

solch unsicheren Bestand wird man nie ein Recht gründen können. Unvereinbar mit dieser Ansicht ist auch die Tatsache, daß nicht Miet- oder Pachtzinse von dem Nutzenden gezahlt werden, sondern öffentlichrechtliche Abgaben. Auf diesen Punkt ist später noch näher einzugehen.

Daß die Gebrauchserlaubnis kein selbständiges Recht, insbesondere kein Privatrecht gewährt, ist endlich auch daraus ersichtlich, daß ihr ein besonderer Rechtsschutz nicht zur Seite steht. Kommt tatsächlich eine Störung vor, so ist der Staat doch immer erst dann verpflichtet, einzugreifen, wenn dadurch in die gute Ordnung der öffentlichen Sache eingegriffen wird.

Möglicherweise kann nun vielleicht der Einzelne infolge einer Störung auch Schadenersatzansprüche geltend machen und diese im Zivilrechtswege verfolgen. Darin mag ein indirekter Schutz erblickt werden, aber dieser vermag der Nutzung den Charakter eines Privatrechts ebensowenig zu verleihen als etwa dem Gemeingebrauch, wenn durch Störung des Gemeingebrauchs ein Privater Schaden erlitten hat und er dann diesen im Zivilrechtswege verfolgt.

Es gibt nun aber auch besondere Nutzungen an den öffentlichen Straßen, denen wirklich ein Recht zu Grunde liegt. Hierher sind hauptsächlich zu rechnen die Errichtung von Stauwehren, Mühlkanälen, Bewässerungsanlagen an öffentlichen Flüssen, die Befugnis Eisenbahngeleise in den Straßenboden einzulassen. Diese Art von Nutzungen unterscheiden sich von den auf Grund der Gebrauchserlaubnis eingeräumten Nutzungen schon äußerlich dadurch, daß sie auf die Dauer berechnet sind. „Der Beliehene tritt in förmlichen Besitz an einem Stück der öffentlichen Sache, der sich bekundet durch gewisse Vorrichtungen, die für ihn an der Sache bestehen".[10])

Aus den angeführten Beispielen von Nutzungen, die hier in Betracht kommen, ist ersichtlich, daß es sich hauptsächlich um solche handelt, welche Industrie und Landwirtschaft zur Verfolgung ihrer Zwecke nötig haben. Ohne besondere unantastbare Rechte würde Industrie und Landwirtschaft es wohl nicht wagen, ihre Kapitalien in die Unternehmungen zu stecken und darum erfordert hier die Nutzung ein Recht.

Gehört dieses dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht an?

Auch hier ist wieder auszugehen von der Sache, an der das Recht begründet werden soll.

---

[10]) Mayer a. a. O., S. 148.

Oeffentliche Land- und Wasserstraßen, an denen diese Nutzungsrechte hauptsächlich bestehen, sind öffentliche Sachen und dienen unmittelbar durch ihr bloßes Vorhandensein dazu, eine Verwaltungsaufgabe des Staates zu erfüllen, sind also geradezu selbst ein Stück öffentlicher Verwaltung. Soll an diesen Sachen einem Einzelnen ein Recht zustehen, vermöge dessen ihm der Besitz über ein Stück derselben eingeräumt wird, so wird dadurch dem Einzelnen zugleich Macht gegeben über ein Stück öffentlicher Verwaltung. Die Begründung eines solchen Rechtsverhältnisses setzt aber immer voraus einen Verwaltungsakt, durch den das Subjekt der Verwaltung im einzelnen Fall bestimmt, was für den Einzelnen Rechtens sein soll. Die Verleihung ist daher ein Verwaltungsakt, in dem *einseitig* auf Ansuchen eines Dritten ein Recht begründet wird für diesen Dritten. Die öffentliche Verwaltung begründet aber keine Privatrechte, sondern öffentliche Rechte und darum kommt der Verleihung resp. dem Recht aus der Verleihung, da es den Beliehenen mit einem abgegrenzten Machtkreis ausstattet, die Natur eines subjektiven öffentlichen Rechts zu.

Zum Beweise dafür diene die Ordnung dieses Rechtsverhältnisses.

Verliehen wird das besondere Nutzungsrecht vom Eigentümer der öffentlichen Sache, dieser kann aber in dieser Eigenschaft nicht als Privatmann auftreten, sondern nur als Herr der Verwaltung, der Rechte solcher Art nur verleiht und verleihen kann, wenn solche vereinbar sind mit der Bestimmung der öffentlichen Sache, also mit der Verwaltung. Für ein etwaiges Privatrecht bleibt kein Raum übrig, Staat und Gemeinde müßten sonst in einem und demselben Akt zugleich als Obrigkeit und als Privater dem Einzelnen gegenübertreten können, was nicht möglich ist.

Was besonders gegen die Annahme eines Privatrechts spricht, ist der Umstand, daß, sobald die öffentliche Sache aufhört zu bestehen, z. B. eine Straße aufgelassen wird, auch das verliehene Recht endigt. Läge ein Privatrecht vor, so wäre eine solche Endigung unmöglich, es sei denn, daß diese besonders vereinbart ist. Wohl ist das verliehene Nutzungsrecht in seinem Bestande immer abhängig von den für die öffentlichen Sachen maßgebenden Interessen, und wird daher nur verliehen unter dem Vorbehalte des Widerrufs, also der stillschweigenden Bedingung der Vereinbarkeit mit dem Hauptzweck der öffentlichen Sache, dieser Widerruf besteht aber gerade im Interesse der Eigenschaft

einer Sache als öffentlicher. Darum sollte man meinen, es bestehe kein Hindernis, diese Nutzungsrechte fortbestehen zu lassen, wenn gerade diese Eigenschaft wegfällt. Dem ist aber nicht so. Der Grund des Wegfalls des verliehenen Rechts liegt darin, daß mit Aufhebung der Eigenschaft einer Sache als einer öffentlichen, also z. B. mit Auflassung einer Straße, Privateigentum entsteht und Staat und Gemeinde dann als Privateigentümer nicht mehr gebunden sind an die Rechtsakte, die sie bezüglich dieser Sache als obrigkeitliche Gewalt vorgenommen haben. Das Recht der Nutzung könnte dann nur mehr weiterbestehen auf Grund eines neuen Rechtstitels, der aber dann Privatrechtstitel wäre.

Daß das verliehene Recht kein Privatrecht sein kann, beweist auch der Schutz desselben.

Eine Störung des Beliehenen in seinem Rechte kann sich zunächst darstellen als eine Störung der guten Ordnung der öffentlichen Sache, hier greift die Polizei der öffentlichen Sache ein. Daneben besteht aber noch im Gegensatz zu der auf Gebrauchserlaubnis beruhenden Nutzung ein besonderer Schutz.[1]) Besteht endlich Streit zwischen dem Beliehenen und dem öffentlichen Eigentümer über das Recht, so gehört die Entscheidung solcher Streitigkeiten vor die Verwaltungsgerichte.

Somit ergibt sich als Resultat, daß der Eigentümer öffentlicher Sachen, somit auch der Eigentümer öffentlicher Land- und Wasserstraßen, so oft er in Beziehungen zu den Privaten tritt, nie als Privater, als rechtlich Gleicher, erscheinen kann, sondern als öffentliche Gewalt, als Herr der Verwaltung, somit als rechtlich Uebergeordneter. Daraus folgt aber dann, daß die Ordnung dieses Eigentums nicht im Privatrecht zu suchen ist, sondern im öffentlichen Recht. Solches Eigentum ist aber öffentliches, im Sinne von öffentlichrechtlichem Eigentum.

§ 21. 4. Mit Rücksicht auf den Schutz des Eigentums.

Entsprechend der Qualität des Eigentums als „öffentliches" muß nun auch der Schutz desselben ein öffentlicher sein.

Wir wissen, daß Eigentum an öffentlichen Sachen und Verwaltung sich verbinden, daher muß im Schutze der Verwaltungstätigkeit, welche Staat und Gemeinden durch die öffentlichen Sachen ausüben, zugleich der Schutz des öffentlichen Eigentums liegen. Tatsäch

[1]) Vgl. Mayer a. a. O., S. 155.

lich ist auch in dem Schutz des Gemeingebrauchs zugleich der Schutz des öffentlichen Eigentums enthalten, denn jeder tatsächliche Eingriff in das öffentliche Eigentum birgt in sich einen Eingriff in den usus publicus und in jeder Zurückweisung eines solchen Angriffs ist dann der Schutz des öffentlichen Eigentums gegen tatsächliche Störungen enthalten. So oft z. B. in den Bestand der öffentlichen Land- und Wasserstraßen eingegriffen wird, muß der Verkehr darunter leiden, damit ist aber auch die Tätigkeit des Staates oder der Gemeinden, für einen geordneten Verkehr zu sorgen, gehindert und damit zugleich in das öffentliche Eigentum störend eingegriffen.

Der Schutz des öffentlichen Eigentums nach dieser Richtung obliegt der Polizei der öffentlichen Sachen, speziell hier der Wasser- und Wegepolizei. Die hiefür zuständigen Behörden haben einerseits dafür zu sorgen, daß die öffentlichen Sachen selbst nicht beschädigt werden, andererseits haben sie aber auch die Sicherheit und Bequemlichkeit des Verkehrs, mit anderen Worten einen geordneten Gemeingebrauch zu ermöglichen. Zu diesem Zwecke erlassen sie Gebote und Verbote, die polizeilicher Natur sind.

Entstehen Streitigkeiten über die Oeffentlichkeit einer Sache, z. B. einer Straße, oder Streitigkeiten über die Benutzung derselben, so finden, wie später für das Landesrecht noch des näheren zu zeigen ist, alle diese Streitigkeiten ihre Erledigung im Verwaltungsstreitverfahren.

Nun kommt es aber auch vor, daß Staat und Gemeinden bezüglich der öffentlichen Sachen in Zivilrechtsstreitigkeiten verwickelt werden können. Ein Privater macht z. B. das Eigentum am Grund und Boden einer öffentlichen Straße geltend und geht die Zivilgerichte um Rechtsschutz an. Es ist klar, daß hier der Staat und die Gemeinden als Parteien vor Gericht erscheinen und dem Urteil des Gerichts sich unterwerfen müssen. Indes haben solche Streitigkeiten auf das öffentliche Eigentum keinen Einfluß. Zunächst ist es immer wieder der Private, welcher die Zivilgerichte um Rechtsschutz angeht, nie Staat oder Gemeinde. Diese haben bezüglich der öffentlichen Sachen stärkere Schutzmittel, um ihrem Rechte Geltung zu verschaffen, müssen sie aber auch haben, um eine geordnete Verwaltung führen zu können. Klagt aber der Private auf Anerkennung oder Herausgabe seines Eigentums und wird einem solchen Anspruche vom Zivilgericht stattgegeben, so ist damit gesagt, daß öffentliches Eigentum überhaupt nicht vorlag, son

dern vielleicht nur eine Dienstbarkeit oder gar ein bloßer Besitz seitens der Subjekte der öffentlichen Verwaltung. Der Massenerwerb durch Vertrag oder Enteignung, die Notwendigkeit vorzugehen, bevor die Formalitäten erfüllt sind, führt eben immer wieder zu dem Tatbestand der öffentlichen Sache mit fremdem Grund und Boden. Auf Grund eines auf Herausgabe lautenden Urteils wären nun Staat und Gemeinde an sich für verpflichtet zu erachten, diesem Erkenntnis stattzugeben. Eine andere Frage ist es freilich, ob nicht Staat oder Gemeinde im Interesse einer geordneten Verwaltung des Gemeinwesens berechtigt, ja sogar verpflichtet sind, mit Zwangsenteignung vorzugehen oder sonstige Rechtsbehelfe anzuwenden, um öffentliches Eigentum an der öffentlichen Sache zu erlangen.

Wird andererseits der Private mit seiner Klage abgewiesen, so ist damit lediglich ausgesprochen, daß dem betreffenden Privaten Eigentum nicht zusteht, über die Natur des dem Staate oder den Gemeinden an den öffentlichen Sachen zustehenden Eigentums ist damit nichts gesagt, kann auch nichts gesagt sein, denn dem Gericht lag nur der Rechtsschutzanspruch des Privaten zur Entscheidung vor.

§ 22. 5. Mit Rücksicht auf die Endigung des Eigentums.

Zum Schlusse dieser allgemeinen Rechtfertigung soll noch gezeigt werden, wie in Wirklichkeit das öffentliche Eigentum untergeht oder endigt, denn es besteht ja, wie oben erwähnt, die Anschauung, daß das Eigentum an den öffentlichen Sachen ebenso wie gewöhnliches Eigentum erlischt.

Zunächst ist es entsprechend der Bestimmung der öffentlichen Sachen als Regel zu betrachten, daß die Qualität einer Sache als öffentliche keine ephemere ist,[1]) also für immer begründet werden will von den Subjekten der öffentlichen Verwaltung. Daher ist es als Ausnahme zu betrachten, wenn eine öffentliche Sache und damit natürlich das Herrschaftsrecht aufgehoben wird, welches wir öffentliches Eigentum nennen.

Der innere Grund, warum eine öffentliche Sache aufgehoben wird, dürfte immer in dem Umstande zu suchen sein, daß die bestehende öffentliche Sache ihre Zwecke nicht mehr recht erfüllt und man daher

[1]) Dernburg Rechtsgutachten S. 26.

von Seite des Staates oder einer Gemeinde gewillt ist, durch eine neue Sache zweckentsprechender zu verwalten.

Da mit der Auflassung einer öffentlichen Sache auch das öffentliche Eigentum untergeht und gewöhnliches Privateigentum an der ihres öffentlichen Charakters entkleideten Sache entsteht, muß diese Aenderung irgendwie in erkennbarer Weise zutage treten. Für Dritte wird es immer wichtig und rechtserheblich sein, zu wissen, ob sie beispielsweise eine öffentliche Straße oder ein bloßes Grundstück benutzen. Dort üben sie Gemeingebrauch, hier greifen sie, soferne ihnen nicht ein besonderes Recht zusteht, in eigenmächtiger Weise in fremde Rechte ein.

Aehnlich wie bei der Begründung öffentlichen Eigentums tritt auch bei der Beendigung diese Aenderung in die äußere Erscheinung, einmal durch Beschluß und Verfügung der kompetenten Behörden, sodann durch konkludente Handlungen, indem beispielsweise eine bisher öffentliche Straße geschlossen wird, nachdem eine neue geschaffen ist.

Weitere Endigungsgründe wird man schwerlich finden können, da mit Rücksicht auf den Zweck der öffentlichen Sachen die meisten Aufhebungsgründe des Privateigentums versagen. So kann eine öffentliche Sache nie ersessen werden, auch ist die Enteignung ausgeschlossen, die Zwangsvollstreckung ist ganz unmöglich, gehören doch öffentliche Sachen zur notwendigen Verwaltung von Staat und Gemeinde. Von Verkauf einer öffentlichen Sache kann, wie bereits oben erwähnt, ebenfalls nicht gesprochen werden.

Damit muß aber die Annahme entfallen, als ob Eigentum an öffentlichen Sachen ebenso endigt wie Privateigentum.[2])

Wir haben nun im Verlaufe dieser Darstellung gesehen, daß die Ordnung des Eigentums an öffentlichen Sachen, also dessen Begründung, Aeußerung, Schutz und Endigung nicht nach Privatrecht, sondern nach öffentlichem Recht geregelt ist. Damit kommen wir aber zum Schluß, daß dann solches Eigentum nicht Privateigentum, sondern öffentliches Eigentum ist, also in Wahrheit eine ausschließliche Macht oder Herrschaft über eine Sache, die nach öffentlichem Recht zu beurteilen ist.

Die Besonderheiten des Eigentums an öffentlichen Sachen werden keineswegs verkannt. So sagt Dernburg:[3]) „Das Eigentums-

[2]) Wappäus a. a. O., S. 102.
[3]) Dernburg Rechtsgutachten S. 17, 18.

recht des Staates an den öffentlichen Sachen ist aber freilich nicht einfaches Eigentum, wie es Private innehaben. Das Eigentumsrecht, wie es zu Gunsten von Privaten besteht, hat für das Ganze nur untergeordnete Wichtigkeit. Es ist mancherlei Beschränkungen, mancherlei Gefahren ausgesetzt, die bei eigentlichem Staatseigentum nicht vorkommen sollen. Deshalb hat der Staat im allgemeinen Interesse, damit der öffentliche Nutzen solcher Sachen dauernd erhalten werde, seine Rechtsstellung über die eines gewöhnlichen Eigentümers hinaus erhoben, sein Recht als ein unveränderliches, unantastbares erklärt und diese Sachen außerhalb des Vermögensverkehrs gestellt." Man sollte nun meinen, daß die Erkenntnis dieser Tatsachen zu dem notwendigen Schluß führen müßte, dem Herrschaftsrecht des Staates sei dann seine Stellung anzuweisen im öffentlichen Recht, wenn einmal der Inhaber des Herrschaftsrechts seine Rechtsstellung über die eines gewöhnlichen Eigentümers hinaus erhoben hat. Dem ist aber nicht so. Dernburg[3]) sagt zwar: „Wir können nichts dagegen einwenden, wenn man dieses Recht als ein hoheitliches bezeichnet, weil es durch das öffentliche Recht wesentlich in Form u. Inhalt bestimmt wird", dennoch vertritt gerade er auf das nachdrücklichste die privatrechtliche Theorie, obwohl man aus seinen Worten gerade das Gegenteil folgern zu sollen glaubt, denn ein Recht, das durch das öffentliche Recht wesentlich in Form und Inhalt bestimmt wird, ist doch sicher kein Privatrecht sondern eben ein öffentliches Recht.

Man scheut sich offenbar anzuerkennen, daß der Staat als hoheitliche Gewalt auch Sachen besitzen und eigentümlich haben kann, daß es nicht bloß im Privatrecht sondern auch im öffentlichen Recht Vermögensrechte geben kann. So sagt Hölder:[4]) Für den Civilisten hat die Annahme eines öffentlichen Rechts das Bequeme, daß das fragliche Verhältnis aus dem Gebiet des Privatrechts ausgewiesen ist; wie aber soll ihm der Publicist seine Stelle im System des Staatsrechts anweisen? Solange diese Frage nicht erledigt ist, ist jedenfalls die Aufgabe der juristischen Construktion jenes Rechts nicht gelöst". Diese Lösung dürfte aber nicht schwer sein, soferne man sich nur klar darüber ist, was „öffentliches Eigentum" bedeutet. Wir wissen, daß das öffentliche Eigentum in Wahrheit Eigentum ist, wir wissen ferner, daß die Ordnung des Eigentums deshalb öffentlichrechtlich geregelt ist, weil

[4]) Krit. V. J. Schrft. 1874, S. 443.

der Inhaber öffentlicher Sachen immer als übergeordnete Gewalt den Einzelnen gegenübertritt und zwar deshalb, weil er mit dem Eigentum an öffentlichen Sachen zugleich eine Verwaltungsaufgabe erfüllt, von hier aus aber wird es nicht schwer zu bestimmen sein, wohin das öffentliche Eigentum im Staatsrecht gehört. Der Publicist wird ihm seine Stelle anweisen im Verwaltungsrecht und innerhalb desselben speziell im öffentlichen Sachenrecht.

Das öffentliche Eigentum ist in eine Reihe zu stellen neben die öffentlichrechtlichen Grunddienstbarkeiten und den öffentlichrechtlichen Besitz. Früher wurden diese Verhältnisse alle privatrechtlich aufgefaßt und auch nach Privatrecht geregelt, weil, wie wir wissen, außerhalb des Privatrechts, es kein Recht gab, sondern nur der Befehl herrschte, wenn Staat und Untertanen einander gegenübertraten. Gierke[5]) und Biermann[6]) haben darum Recht wenn sie die hier vertretene Auffassung nicht als gemeines Recht bezeichnen, sie könnte es gar nicht sein. Für heute aber, wo auch die Staatsgewalt in eine rechtliche Ordnung gebracht ist, ist öffentliches Eigentum die angemessenste Form für das Herrschaftsrecht an den öffentlichen Sachen. Nur mit dem dem Polizeistaat eigenen Fiskusbegriff als einer gesonderten juristischen Person ist es möglich der sich aufdrängenden und mit logischer Notwendigkeit aus dem heutigen Begriff öffentliche Sache hervorgehenden Idee des öffentlichen Eigentums sich zu verschließen.

Was von den öffentlichen Sachen und dem Eigentumsrecht hieran im allgemeinen gilt muß nun auch für das Eigentum an deren Hauptbeispielen, denn öffentlichen Land- und Wasserstraßen in besonderen gelten. Zum Nachweis für die Richtigkeit dieser Behauptung soll darum im Folgenden auch das geltende Recht, speziell das bayerische Recht herangezogen werden.

Bevor aber auf die Einzelheiten einzugehen ist, ist noch auf einen Punkt aufmerksam zu machen, der nicht übersehen werden darf, wenn vom Eigentum an öffentlichen Land- und Wasserstraßen die Rede ist. Gemeint ist das Abgaberecht oder die Pflicht der Untertanen für die Benutzung der öffentlichen Land- und Wasserstraßen Gebühren zu entrichten. Dieses Abgaberecht läßt gar deutlich erkennen, welcher Charakter heute den öffentlichen Land- und

---

[5]) Gierke, dtsch. Privatrecht § 102 S. 19 Anm. 5.
[6]) Biermann, die öffentlichen Sachen. S. 14, Anm. 3.

Wasserstraßen zukommt und ist damit zugleich ein Prüfstein, ob das Eigentum an den öffentlichen Land- und Wasserstraßen Privat- oder öffentliches Eigentum sein kann.

6.) Rechtfertigung der Theorie des öffentlichen Eigentums im besonderen für das Eigentum an öffentlichen Land- und Wasserstraßen.

§ 23. 1.) Mit Rücksicht auf das Abgaberecht.

Es ist oben gesagt worden, daß die öffentlichen Land- und Wasserstraßen heutzutage einen anderen Charakter hätten als früher. Früher seien sie wesentlich fiskalische Einnahmequellen gewesen, heute seien sie öffentliche Sachen, welche der Staat nur deswegen habe, um durch sie öffentliche Verwaltung zu üben, keineswegs aber um daraus finanziellen Nutzen zu ziehen. Den Beweis für diese Behauptung liefert das Abgaberecht.

Schon der Zollvereinsvertrag vom 22. März 1833 bestimmte in seinem Artikel 13, daß Chausseegelder sowie andere statt derselben bestehenden Abgaben, ebenso Pflaster-, Damm-, Brücken- u. Fahrgelder nur in dem Betrage beibehalten oder neu eingeführt werden könnten, als sie den gewöhnlichen Herstellungs- und Unterhaltungskosten angemessen seien. Diese Bestimmung ist auch in die späteren Zollvereinsverträge namentlich in den Zollvereinsvertrag vom 8. Juli 1867 Art. 22 übergegangen, der gemäß Art. 10 Reichsverfassung noch in Geltung ist. Speziell für die natürlichen Wasserstraßen bestimmt Art. 54 Abs. 3 Reichsverfassung, daß auf allen natürlichen Wasserstraßen Abgaben nur für die Benutzung besonderer Anstalten, die zur Erleichterung des Verkehrs bestimmt seien erhoben werden dürfen, nicht aber für die Benützung des Flusses selbst. (Vgl. hierher bes. Piloty, das Recht der Schiffahrtsabgaben in Deutschland, Tübingen 1907; Otto Mayer, Schiffahrtsabgaben, ebenda 1907).

Weiter ist noch in demselben Artikel bestimmt, daß die Abgaben für die Befahrung solcher künstlicher Wasserstraßen, welche Staatseigentum sind, die zur Unterhaltung und gewöhnlichen Herstellung der Anstalten und Anlagen erforderlichen Kosten nicht übersteigen dürfen.

---

[1]) v. Stein, Verwaltungslehre I, S. 319; v. Stein, Lehrb. der Finanzwissenschaft I, S. 342 ff; G. Meyer Verw. Recht S. 521; Loening Verw. Recht. S. 581; v. Stengel, Handwörterbuch Artikel Abgaben u. Gebühren; Mayer Otto a. a. O., II, S. 123, 146, 161, 369. Eheberg, Finanzwissenschaft, S. 136.

Inzwischen haben die meisten namentlich die größeren Staaten (Preußen: Gesetz vom 27. Mai 1874; Bayern schon durch die Vodg. v. 24. Aug. 1840, Sachsen, Gesetz vom 24. Juni 1884) die Wegegelder auf den Staatsstraßen gänzlich beseitigt, nur für die Benutzung von Brücken, die ja immer eine große Kapitalsanlage erfordern, werden noch Abgaben erhoben.

Bei den Staatsstraßen und den natürlichen Wasserstraßen ist also die Entwicklung mehr und mehr im Sinne der Gebührenfreiheit erfolgt unbeschadet der gelegentlichen Erhebung für die Benutzung besonderer Einrichtungen, während bei den künstlichen Wasserstraßen, den Kanälen, eine unbedingte allgemeine Gebührenfreiheit der Benutzung wohl im Hinblick auf die großen Kapitalsaufwendungen nicht in gleichem Maße eingetreten ist.

In dieser ganzen Entwicklung zeigt sich aber, daß jetzt nicht mehr fiskalische Motive maßgebend sind für die Abgabeerhebung sondern lediglich wirtschaftliche. Nicht mehr als fiskalische Einnahmequellen werden jetzt die Land- und Wasserstraßen angesehen, sondern wie v. Stein sagt: als Bedingungen für die Volkswirtschaft. Darum sollen die Abgaben nur auferlegt werden für die Verwendung eines rein wirtschaftlichen Kapitals und sollen Beiträge der die öffentlichen Land- und Wasserstraßen benützenden Personen zu den Bau- und Unterhaltungskosten bilden. Wenn mehr und mehr Gebührenfreiheit eingetreten ist für die Benutzung der öffentlichen Land- und Wasserstraßen, so zeigt dies nur noch deutlicher, wie die Auffassung sich Bahn bricht, daß Land- und Wasserstraßen nur mehr als Verkehrsmittel, als allgemeine Bedingungen eines geordneten Verkehrs anzusehen sind, deren Kosten eben als zum allgemeinen Verwaltungsaufwand gehörig bezeichnet werden müssen.

Damit hat sich aber die Wandlung der öffentlichen Land- und Wasserstraßen von rein fiskalischen Sachen zu öffentlichen Sachen vollzogen. Der einzige und Hauptgrund, warum der Staat solche Einrichtungen hat und unterhält, ist nur der, um durch sie eine Verwaltungsaufgabe zu erfüllen, nämlich für einen geordneten Verkehr zu sorgen. Darum vermögen auch die etwaigen Nebenvorteile ihres Eigentümers, z. B. die Verpachtung der Fischerei an den öffentlichen Flüssen, die Stellung desselben als Subjekt der öffentlichen Verwaltung in keiner

[2]) v. Stein, Lehrbuch der Finanzw. I, S. 342.

Weise zu beeinflussen. Hierher gehört nur die andere unvergleichlich wichtigere Art von Vorteilen der Einzelnen, wo die Sache selbst mit ihrem Körper dem Interesse der Einzelnen dient und von diesen gebraucht wird.

Wir wissen nun, daß der Gemeingebrauch anzusehen ist als eine aus der Persönlichkeit des einzelnen fließende Befugnis ohne eigentlichen Rechtscharakter, daher sollte man meinen, daß die Ausübung dieser Befugnis frei sei und nicht an Zahlungsbedingungen geknüpft wäre. Tatsächlich sind aber manche Ausübungen des Gemeingebrauchs nicht allgemein frei, sondern abgabepflichtig. So werden z. B. häufig Chausseegelder und Pflasterzölle für den Wagenverkehr erhoben, dann Stromschiffahrtsabgaben und Kanalgebühren von den größeren Schiffen verlangt, die Brückengelder endlich treffen meistens alle Arten des Verkehrs. Nur Erwägungen der Billigkeit und der Gedanke des Entgelts für die Gewährungen von Nutzungen öffentlicher Anstalten rechtfertigen die Abgabepflicht für den Gemeingebrauch, sonst aber treten diese Abgaben ihrem Wesen nach voll und ganz neben die Steuern. Wie aber diese ein Gesetz zur Grundlage haben müssen, sollen sie nicht einen obrigkeitlichen Eingriff in die Freiheit darstellen, so ist es auch nötig, daß die Abgaben für den Gemeingebrauch also Wege-, Brückengelder, Schiffahrtsabgaben auf Gesetzen oder gesetzmäßigen Verordnungen beruhen. Nur wenn solche Gesetze oder gesetzmäßige Verordnungen bestehen, kann der Eigentümer öffentlicher Land- und Wasserstraßen Abgaben für den Gemeingebrauch verlangen. (Vgl. z. B. Art. 40 der bayr. Gemeindeordnung für die Landesteile diesseits des Rheins). Wir sehen also, immer ist die öffentliche Gewalt beteiligt, wenn es sich um öffentliche Sachen handelt, nie kommt dem Eigentümer privatrechtlicher Charakter zu, wonach er frei wäre in der Ausübung seines Rechts. Hierher gehört es auch, wenn der Art. 40 l. c. bestimmt, daß Einführung und Erhöhung von Pflaster-, Wege- und Brückenzöllen seitens der Gemeinden nur mit Genehmigung des betreffenden Ministeriums geschehen darf. Es handelt sich hier um einen staatsaufsichtlichen Akt, der aber die Gemeinden nicht trifft in ihrer Eigenschaft als Privatperson, sondern als Subjekt der ihnen vom Staat übertragenen öffentlichen Verwaltung. Der Staat hat dafür zu sorgen, daß der öffentliche Verkehr tunlichst wenig beschwert werde, darum hat er sich auch ein Aufsichtsrecht über die von den Gemeinden

in dieser Beziehung geübte Verwaltung vorbehalten und der eben erwähnte Fall ist ein Anwendungsgebiet dieses Aufsichtsrechts.

Somit haben im Staat die Abgaben für den Gemeingebrauch einen steuerartigen Charakter, in den Gemeinden bilden sie eine „Beihilfe und Erleichterung der Umlagenlast“,[3]) daher sind sie öffentlichrechtlich und der Staat und die Gemeinden kommen hierbei nicht als Privatpersonen in Betracht, sondern als öffentliche Gewalt, welche diese Abgaben nach Art der Steuern eintreiben. Da aber Staat und Gemeinden nicht zu gleicher Zeit als Privatpersonen u n d öffentliche Gewalt auftreten können, sondern nur in der einen oder anderen Eigenschaft, hier aber Staat und Gemeinden als Eigentümer der öffentlichen Land- und Wasserstraßen als öffentliche Gewalt auftreten, so ist ihre Stellung als Eigentümer dieser Sachen nach öffentlichem Recht zu beurteilen.

Außer dem Gemeingebrauch sind nun noch andere Nutzungen an den öffentlichen Land- und Wasserstraßen möglich und, wie wir wissen, beruhen sie teils auf einer Gebrauchserlaubnis, teils auf einer Verleihung. Kraft seines Berufes, diese Einrichtungen zu verwalten, räume der Staat und die Gemeinden, so wurde oben gesagt, diese besonderen Nutzungen ein, nicht als Privateigentümer und in den Formen des Privatrechts, sondern als öffentlicher Eigentümer und in den Formen des öffentlichen Rechts.

Auch diese Sätze lassen sich an der Hand desAbgaberechts nachweisen.

Was zunächst die Gebrauchserlaubnis an den öffentlichen Land- und Wasserstraßen anlangt, so wird meistens ein Tarif aufgestellt und nach Maßgabe desselben und unter seinen Bedingungen die Gebrauchserlaubnis gewährt. So werden z. B. Marktgebühren, Standgelder und andere Zahlungspflichten mit der Gebrauchserlaubnis an den öffentlichen Land- und Wasserstraßen verbunden. Welchen Charakter hat nun ein solcher Tarif und damit das Entgelt für die Gebrauchserlaubnis?

Die privatrechtliche Anschauung hält diese Tarife für bloße Preisverzeichnisse und faßt das Entgelt privatrechtlich auf. Sie führt, wie wir wissen, die besonderen Nutzungen an öffentlichen Land- und Wasserstraßen auf privatrechtliche Verträge zurück und muß daher auch

[3]) Lindner, bayr. Gemeindeordnung zu Art. 40, S. 175.

die Zahlungspflicht als eine Seite des privatrechtlichen Vertrages gelten. So werden dann z. B. die Marktgebühren zu Mietpreisen für die aus einem Mietvertrag herrührende besondere Nutzungsbefugnis der öffentlichen Landstraßen.[4]) Man folgert dies aus § 68 Gewerbeordnung, der von einer Vergütung für den überlassenen Raum spricht. Dieser Schluß ist aber an sich nicht zwingend und dann, wie wir noch sehen werden, unrichtig.

Es ist vorhin bei den Abgaben für den Gemeingebrauch gezeigt worden, daß diese Abgaben oder Gebühren immer auf Gesetz oder gesetzmäßiger Verordnung beruhen müssen, weil sonst in unrechtmäßiger Weise in die Freiheit eingegriffen würde, hier finden wir nun nicht das Gleiche. Der Einzelne tritt bei der Gebrauchserlaubnis der Verwaltung gegenüber mit der Inanspruchnahme ihrer Leistungen, er will eine öffentliche Anstalt benutzen. Daß er aber solche Leistungen von vornherein nicht umsonst verlangen kann, ist selbstverständlich und daraus ergibt sich auch das Recht des Staates oder der Gemeinden, ein Entgelt für solche besonderen Nutzungen zu verlangen. Weil nun die Inanspruchnahme solcher besonderen Nutzungen, wie die Gebrauchserlaubnis sie gewährt, mit ziemlicher Regelmäßigkeit wiederkehren, werden von den Behörden, welche sie zu gewähren haben, Tarife aufgestellt, denen dann jeder, der besondere Nutzungen in Anspruch nehmen will, sich unterwerfen muß.

Diese Tarife mit ihren Gebühren werden nun im Verwaltungswege aufgestellt und bilden einen Verwaltungsakt zunächst gegen incertae personae, sobald dann der Einzelne eine Nutzung für sich in Anspruch nimmt, tritt er in Geltung. Der Tarif bildet also immer eine obrigkeitliche Willenserklärung, welche von den betreffenden, denen die Gebrauchserlaubnis gewährt wird, Zahlung verlangt. Von hier aus ergibt sich dann aber auch, daß die Zahlungspflicht kein Teil eines Vertrages ist, nicht privatrechtlich aufgefaßt werden kann, sie ist vielmehr eine Gebührenpflicht öffentlichrechtlicher Art für die Benutzung einer Staats- oder Gemeindeanstalt.[5]) Wiederum zeigt es sich, daß der Staat nicht privatrechtlich auftreten kann, wenn öffentliche Land

[4]) Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Obertribunals gelangt sind: Bd. 25, S. 101, Bd. 98, S. 98. Bd. 99, S. 328.

[5]) Vgl. Entsch. des Verw. Ger. Hofes Bd. X, S. 281. Lindner Commentar zur bayerischen Gem. Odg. Art. 40. S. 176: Die Marktgebühren erscheinen lediglich als Abgaben für die Benutzung gemeindlichen Eigentums und gemeindlicher Anstalten.

und Wasserstraßen in Frage stehen. So oft es sich um Anstaltsnutzungen an diesen Einrichtungen handelt, nimmt daher notwendigerweise das Entgelt die Form einer Gebühr an, wird öffentlichrechtlich.

Ganz dasselbe gilt von dem Entgelt für die Verleihung besonderer Nutzungen. Auch hier werden Tarife aufgestellt, aber im Gegensatz zur Gebrauchserlaubnis wirken diese nicht ohne weiteres, sondern setzen immer einen Verleihungsakt voraus. Dadurch wird aber die Verleihung ebenso wenig Vertrag wie die Gebrauchserlaubnis.

§ 24. 2. Rechtfertigung nach geltendem Recht mit spezieller Berücksichtigung des bayerischen Rechts.

Vor allem ist die Frage zu beantworten, welches Recht bezüglich der Rechtsverhältnisse an den öffentlichen Sachen zur Anwendung kommt, ob Reichsrecht oder Landesrecht.

Wir wissen, daß die öffentlichen Land- und Wasserstraßen zu den öffentlichen Sachen gehören, deren Rechtsverhältnisse, wie wir behaupten, voll und ganz dem öffentlichen Recht angehören. Soll unsere Ansicht die richtige sein, dann wird auch das Bürgerliche Gesetzbuch, das ja nur auf dem Gebiete des Privatrechts die Rechtseinheit im ganzen deutschen Reiche herstellen will, keinerlei Vorschriften über die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Sachen enthalten dürfen.

Das bürgerliche Gesetzbuch erwähnt nun tatsächlich die öffentlichen Sachen mit keinem Wort, diesem Schweigen kann aber eine doppelte Bedeutung beigelegt werden. Entweder kann das bürgerliche Gesetzbuch eine besondere Regelung der Rechtsverhältnisse der öffentlichen Sachen nicht für nötig halten, weil es ja den zivilrechtlichen Rechtsverkehr für alles, was „Sache" heißt und ist, ordnet, dann stünde fest, daß, wie Biermann meint,[1]) das frühere Eigentum an den öffentlichen Sachen in dasjenige des bürgerlichen Gesetzbuches verwandelt worden sei. Das Schweigen kann aber auch dahin ausgelegt werden, daß das bürgerliche Gesetzbuch die öffentlichen Sachen um deswillen nicht erwähnt, weil ihre Rechtsverhältnisse einem Rechtsgebiete angehören, welches das bürgerliche Gesetzbuch nicht zu beherrschen beabsichtigt, nämlich dem öffentlichen Recht.

Da uns nun das B. G. B. selbst im Stiche läßt, so sei es gestattet, die Motive zu Rate ziehen. Aus den Motiven zum ersten Ent-

[1]) Biermann a. a. O., S. 35.

wurf, Bd. III, S. 27, ergibt sich bezüglich der öffentlichen Sachen folgende Meinung: „Soweit es sich hier um Verhältnisse handelt, welche im öffentlichen Recht wurzeln, muß die Ordnung derselben den Bundesstaaten verbleiben." Für die Reichsgesetzgebung könnte es nur darauf ankommen, „die Tragweite der landesrechtlichen Normen gegenüber den Vorschriften des B. G. B. zu begrenzen. Diese Aufgabe aber ist nicht in dem Gesetzbuche selbst, sondern in dem Einführungsgesetze zu lösen". In dem Einführungsgesetze findet sich aber eine solche Bestimmung nicht. Die Motive bemerken Seite 196: „In Ansehung der dem Gemeingebrauche dienenden Sachen (res publicae) ist ein Vorbehalt für die Landesgesetzgebung insofern nicht erforderlich, als es sich um Rechtsnormen des öffentlichen Rechts handelt, kraft welcher eine Sache zum allgemeinen Gebrauche dergestalt bestimmt wird, daß es unmöglich ist, solange die betreffende Bestimmung besteht, durch Rechtsgeschäfte oder Rechtshandlungen den Gemeingebrauch zu hindern oder zu beschränken.'

Das B. G. B. geht also von der Meinung aus, daß es sich bei den öffentlichen Sachen um Verhältnisse handelt, die im öffentlichen Recht wurzeln. Deshalb hat es auch die Regelung dieser Verhältnisse der Landesgesetzgebung überlassen.

Soferne es sich darum um öffentliche Land- und Wasserstraßen handelt, ist ein Vorbehalt im Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuche nicht erforderlich und braucht auch nach einem solchen nicht gesucht zu werden. Aus diesem Grunde ist es nicht nötig, sich auf Art. 65 E. G. zum B. G. B. zu berufen, wenn öffentliche Gewässer in Frage stehen, ihre Rechtsverhältnisse gehören ohne weiteres, weil sie eben öffentlichrechtliche sind, dem Landesrecht an. Für die privatrechtliche Theorie freilich ist eine solcher Vorbehalt ungeheuer wichtig, weil ja sonst der freie Rechtsverkehr nach B. G. B. Platz zu greifen hätte. Darum auch das ängstliche Suchen nach Gründen, um für das Wegerecht einen allgemeinen Vorbehalt zu Gunsten des Landesrechts konstruieren zu können.

In dieser Beziehung beruft man sich gerne auf Art. 113 E. G. zum B. G. B., um das gesamte Wegerecht dem Landesrecht zuweisen zu können. Dieser Artikel bestimmt: „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Regulierung der Wege". Es ist unerfindlich, wie man aus dieser Bestimmung einen allgemeinen Vorbe-

halt konstruieren will, wo der Gesetzgeber doch nur ganz bestimmte Verhältnisse, nämlich die Neuanlegung und Aenderung der Wege im Auge hat.[2]) Die Tragweite dieses Vorbehalts läßt keineswegs Zweifel zu, wie Oertmann[3]) meint, und ist auch keine engere und weitere Auslegung zulässig, sondern nur die, welche der Gesetzgeber im Auge hat. Oertmann sagt schließlich selbst: Keinesfalls läßt sich (aus diesem Artikel 113) ein allgemeiner Vorbehalt zu gunsten eines landesrechtlichen Wegerechts herauslesen.[4])

Nun findet aber Oertmann in anderen Bestimmungen des Einführungsgesetzes zum bürgerlichen Gesetzbuch einen allgemeinen Vorbehalt „vollinhaltlich" gedeckt und zwar zunächst durch die Artikel 109 und 111 E. G. zum B. G. B.

Artikel 111 bestimmt: „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche im öffentlichen Interesse das Eigentum in Ansehung tatsächlicher Verfügungen beschränken."

Staudinger a. a. O. sagt zu diesem Artikel: er ermögliche der Landesgesetzgebung, die Norm des § 903 B. G. B. zu durchbrechen und das Eigentum im öffentlichen Interesse in Ansehung tatsächlicher Verfügungen zu beschränken, während nach B. G. B. der Eigentümer einer Sache, soweit nicht Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstünden, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen könne.

Bezieht sich dieser Artikel 111 überhaupt auf das Wegerecht?

Frägt man wieder die Motive, so zeigt sich, daß es bei diesen tatsächlichen Beschränkungen, wie Artikel 111 l. c. sie im Auge hat, hauptsächlich um Beschränkungen hinsichtlich des Bauens und der Waldkultur sich handelt, keineswegs aber um Wegeverhältnisse.

Gerade in der Anführung dieses Artikels, um einen allgemeinen Vorbehalt zu gunsten eines landesrechtlichen Wegerechts zu beweisen, zeigt es sich auch wieder deutlich, daß man die privatrechtliche Theorie nur verwenden kann, wenn man den Staat trennt in eigentlichen Staat und Fiskus. Nimmt man nämlich an, der Staat habe einen öffentlichen Weg zu Eigentum und dieses Eigentum solle im öffentlichen In-

---

[2]) Staudinger, Commentar zum bürgerlichen Gesetzbuch Bd. VI zu Artikel 113. Plauck ebenda.

[3]) Oertmann, bayr. Landesprivatrecht § 93.

[4]) Vgl. auch Fischer-Henle bürg. Gesetzbuch zu Art. 113.

teresse bezüglich tatsächlicher Verfügungen beschränkt sein, so kann das doch nur so gedacht werden, daß der Staat, der die öffentlichen Interessen vertreten muß, dem Fiskus unter ihm durch Gesetz oder sonstige Anordnungen im öffentlichen Interesse tatsächliche Verfügungen über den öffentlichen Weg verbietet. Nehmen wir aber den anderen Fall, daß der Staat nicht Eigentümer des öffentlichen Weges ist, sondern an fremden Grund und Boden nur eine öffentlichrechtliche Servitut besitzt, so ist ein Vorbehalt, wie ihn Art. 111 aufstellt, überhaupt nicht nötig. In diesem Falle kann ja der Staat aus dem Titel des Wegepolizeirechts, demzufolge er alle Hindernisse beseitigen darf, die einem geordneten und bequemen Verkehr im Wege stehen, seine Befugnis ableiten, tatsächliche Verfügungen im öffentlichen Interesse zu verbieten.

Weiter beruft sich Oertmann, um einen allgemeinen Vorbehalt construieren zu können auf Art 109 E. G. zum B. G. B. Dieser Artikel bestimmt: „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die im öffentlichen Interesse erfolgende Entziehung, Beschädigung oder Nutzung einer Sache, Beschränkung des Eigentums und Entziehung oder Beschränkung von Rechten". Oertmann will einen Vorbehalt besonders herauslesen aus den der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Vorschriften über die im öffentlichen Interesse erfolgende B e n u t z u n g einer Sache und B e s c h r ä n k u n g des Eigentums. Wohl handelt es sich bei einem öffentlichen Weg um ein im öffentlichen Interesse benütztes Grundstück, aber gerade das bayerische Staatsrecht[5]) ist besonders darauf bedacht, daß Staat und Gemeinden ehe sie einen Weg dem Gemeingebrauch widmen, auch civilrechtlich in der Lage sind, über das Grundstück zu verfügen. Es kann sich daher weder um ein ständiges, zwangsweises Benutzen fremder Sachen handeln bei den öffentlichen Wegen, noch auch um eine im öffentlichen Interesse erfolgte Beschränkung des Eigentums. Entweder ist der Staat Eigentümer des öffentlichen Weges und überläßt ihn aus freien Stücken dem Gemeingebrauch oder aber er hat eine Servitut am Grund und Boden der öffentlichen Sache, zu beiden ist aber ein Vorbehalt nicht erforderlich. Der Vorbehalt des Art. 109 betrifft nur die Zwangsenteignung, unter welcher die Mehrheit der 2. Kommission jede im öffentlichen Interesse erfolgende Entziehung, Beschädigung oder Benutzung einer Sache oder Beschränkung des Eigentums verstand.[6]) Das sind aber alles Verhält-

[5]) Seydel, bayerisches Staatsrecht Bd. III. 29.
[6]) Staudinger a. a. O. zu Art. 109.

nisse, welche nicht direkt dem Wegerecht angehören, die Zwangsenteignung ist höchstens die Bedingung dafür, daß ein öffentlicher Weg entstehen kann, erst, wenn dieser vorhanden ist, knüpfen sich daran die besonderen Rechtsverhältnisse.

„Soweit sich das Wegerecht in einer dinglichen Belastung des Grundstücks mit Dienstbarkeit äußert," sagt Oertmann, „wäre auch auf Art. 115 zu verweisen".

Dieser bestimmt: „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Belastung eines Grundstücks mit gewissen Grunddienstbarkeiten oder beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten oder mit Reallasten untersagen oder beschränken".

Dieser Artikel gibt zwar der Landesgesetzgebung die Befugnis den rechtlichen Inhalt des Eigentums nach gewissen Richtungen hin nämlich hinsichtlich der Belastung eines Grundstücks mit gewissen Dienstbarkeiten zu beschränken, aber damit ist noch nicht gesagt, daß dieser Artikel hinsichtlich des Wegerechts einen Vorbehalt geben wollte. Nach den Motiven ist dies sogar unwahrscheinlich. In den Motiven zu diesem Artikel ist im wesentlich ausgeführt, daß es sich um einen Teil des der Landesgesetzgebung z. B. schon durch die Artikel 61—72, 83, 113, 114, 117—119 E. G. zum B. G. B. vorbehaltenen Agrarrechtes handelt.

Diese Artikel vermögen also für die privatrechtliche Theorie nichts zu beweisen. Eine allgemeine Beschränkung des Eigentums in Ansehung rechtlicher Verfügungen hat aber das Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuch der Landesgesetzgebung auch nicht zugestanden, wie kommt es dann, daß die privatrechtliche Theorie heute noch lehrt, das Eigentum an den öffentlichen Straßen sei zufolge der Zweckbestimmung der Sache rechtlich beschränkt?

Man sagt,[6]) die Beschränkung des Eigentums beruhe nicht auf einem privatrechtlichen Rechtssatz, sondern auf einem öffentlichen Rechtssatz, weil das Interesse des Gemeingebrauchs ein solches sei, dessen Befriedigung zu den Aufgaben der Obrigkeit gehöre.

Wenn nun aber der Staat diese seine Aufgaben erfüllt und zu diesem Zweck öffentliche Wege unterhält und zu Eigentum hat, warum soll dann der Staat eine Beschränkung seines Eigentums gerade in

[6]) Z. B. Biermann a. a. O., S. 39 u. 40; Oertmann a. a. O., S. 387.

dessen Zweckbestimmung erblicken? Der Gedanke an eine solche Beschränkung ist nur wieder möglich, wenn man annimmt, daß nicht der Staat über seine öffentliche Sachen für seine Zwecke verfügt, sondern daß er dem Fiskus, dem wirklichen Eigentümer die Last auferlegt seine Sache für diese Zwecke dienen zu lassen. Von hier aus ergibt sich aber dann, daß der Rechtssatz, auf welchem die Beschränkung beruht, ein civilrechtlicher sein muß, weil er die Beziehungen des Fiskus als Eigentümer im Verhältnis zu anderen Privaten ordnet.[7]) Es ist nicht etwa an dem, daß durch einen solchen Rechtssatz nur staatliche Interessen geschützt werden sollten oder der Allgemeinheit ein Dienst geleistet werden sollte, durch eine solche Norm müßten die Privatrechtsverhältnisse an den öffentlichen Wegen eine andere Form bekommen und müßten fortan nach dieser geregelt werden. Eine Norm aber, welche bezüglich einer Sache die Rechtsverhältnisse der Privaten unter einander ordnet, ist keine öffentlichrechtliche, sondern eine privatrechtliche.

Wohl von diesem Standpunkt aus sagt Staudinger a. a. O. zu Art. 111: „Eine allgemeine Beschränkung des Eigentums — im öffentlichen Interesse — in Ansehung der rechtlichen Verfügungsmacht des Eigentümers hat das Einführungsgesetz der Landesgesetzgebung nicht zugestanden, weil eine solche Beschränkung nicht bloß auf den Eigentümer sondern auch auf andere Personen, deren Rechtserwerb gehindert wird, Einfluß hat und weil die Landesgesetzgebung durch eine solche Ausdehnung des Vorbehalts ganze Rechtsinstitute für ihren Bereich unterdrücken, ja sogar das Eigentum in der Hand des gegenwärtigen Besitzers im öffentlichen Interesse unveräußerlich machen könnte".

Mangels eines solchen Vorbehalts fällt aber unter der Herrschaft des bürgerlichen Gesetzbuches die privatrechtliche Theorie in sich zusammen, das Eigentum wäre, soferne öffentliche Landstraßen in Frage stehen, unbeschränkt.

Folgen wir aber den Motiven so führen uns diese den rechten Weg und zeigen uns, daß in Ansehung der dem Gemeingebrauch dienenden Sachen ein Vorbehalt für die Landesgesetzgebung nicht erforderlich ist, weil es sich um öffentlich rechtliche Rechtsverhältnisse handelt.

---

[7]) Archiv für öff. Recht Bd. XVI. S. 57 f., Biermann a. a. O., S. 10, Anm. 1.

Von hier aus ergibt sich dann, daß nicht Reichsrecht sondern immer Landesrecht zur Anwendung zu kommen hat, wenn es sich um die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Land- und Wasserstraßen handelt.

Was zunächst die öffentlichen Landstraßen anlangt so besitzt Bayern, dessen Recht hier besonders ins Auge gefaßt werden soll, kein besonderes Wegegesetz[7]), darum beruht die ganze Lehre des Wegerechts wie sie zur Darstellung gelangt auf dem gemeinen Recht und der Rechtsprechung, auch die Natur der Sache ist zur Darstellung noch heranzuziehen.[8]) Darnach ergibt sich:

Ihrer Zweckbestimmung nach sind „öffentliche Landstraßen" nach bayerischem Recht alle diejenigen öffentlichen Wege, welche die Verbindung der Städte unter sich oder mit den größeren Strömen oder mit der Landesgrenze vermitteln. Sie bilden Verwaltungseinrichtungen, welche der Staat oder die Gemeinden (hauptsächlich die Distriktsgemeinden) dem öffentlichen Verkehr darbieten, und müssen von diesen in einer dem großen Verkehr dienlichen Verfassung unterhalten werden. Zu den öffentlichen Landstraßen gehört nicht nur der Wegeboden, auch die Verbindungsbrücken, Viadukte, Gräben, Böschungen, Kanäle unterliegen denselben Rechtsverhältnissen wie die öffentlichen Landstraßen selbst.[9])

Was die Eigentumsfrage anlangt, so wird gelehrt, daß die öffentlichen Landstraßen Gegenstand des Eigentums seien, aber aus ihrer Zweckbestimmung ergebe sich, daß lediglich eine solche Ausübung der Eigentumsrechte zulässig sei, welche sich mit der Zweckbestimmung der öffentlichen Straßen vertrage: Die öffentlichen Wege seien relativ verkehrsunfähige Sachen.[10]) Eigentümer könne sein der Staat oder die Gemeinden, möglicherweise aber doch seltener eine Privatperson. Das

---

[7]) Ein diesbezüglicher Entwurf: Entwurf eines Gesetzes, das Straßenwesen betreffend, abgedruckt in den Verh. d. K. D. R. R. Beil. Bd. I 1905—06 auf Seite 249 ff., wurde nicht Gesetz.

[8]) Oertmann a. a. O., § 93; Seydel a. a. O., Bd. III, S. 297 ff.; Becher Landescivilrecht Bd. I, S. 1072 ff.; v. Kahr Commentar zur rechtsrheinischen Gemeindeordnung 1895, S. 338—403; Lindner Commentar zur Gemeindeordnung zu Art. 38, Anm. 8.

[9]) Kahr a. a. O., S. 363—365; Seydel a. a. O., S. 298. Entsch. des Verw. Ger. Hofes Bd. VII, S. 227; Erkenntnis des Comp. Consl. Ger. H. vom 11. V. 1869; Art. 8 Z 34 Verw.-Gerichtshofsgesetz.

[10]) Seydel a. a. O., S. 301; Becher a. a. O., S. 1075.

Eigentum werde erworben wie anderes, ebenso belastet und auch veräußert.[11])

Gerade bei den öffentlichen Landstraßen zeigt es sich nun deutlich, daß Erwerb des Grund und Bodens zur Landstraße und Widmung derselben an den allgemeinen Verkehr, also Entstehung der öffentlichen Sachen, scharf von einander getrennt zu halten sind, sollen nicht Dinge zusammengeworfen werden, die absolut nicht zueinander passen. Mit dem Erwerb des Grund und Bodens ist eine öffentliche Landstraße noch nicht vorhanden, der Erwerb bildet bloß eine Voraussetzung, damit der Widmungsakt vor sich gehen und Giltigkeit haben kann. Erst mit der Widmung entsteht jenes Herrschaftsrecht des Staates mit seinen Besonderheiten, welche die privatrechtliche Theorie veranlaßt, das Eigentum von nun an für beschränkt zu erklären, und für uns der Grund ist das Eigentum als öffentlichrechtliches zu bezeichnen.

Seydel sagt mit Recht:[12]) „Die Schaffung und der Bestand eines öffentlichen Weges hat zur unumgänglichen Voraussetzung daß diejenige öffentliche Gewalt, welche die Verwaltungseinrichtung ins Leben ruft, nach bürgerlichem Recht unbestritten in der Lage ist, über den dazu dienenden Boden zu verfügen. Fehlt diese privatrechtliche Befugnis so ist der Verwaltungsakt nichtig, weil ihm die Grundlage mangelt". Der regelmäßigste und einfachste Fall wird nun immer der sein, daß die privatrechtliche Grundlage für die Schaffung eines öffentlichen Weges dadurch gegeben ist, daß Grund und Boden sich im Eigentum des Staates oder der Gemeinde befindet. Das Eigentum wird entweder auf gewöhnliche Weise durch Kauf nach den Formen des Privatrechts erworben oder aber gemäß Art. 1 Z. 5 des Gesetzes die Zwangsabtretung von Grundeigentum für öffentliche Zwecke betreffend vom 17. November 1837 durch Zwangsenteignung. Neben dem Eigentum mag es auch genügen, wenn dem Staat oder der Gemeinde ein dingliches Recht an fremdem Grund und Boden, eine Dienstbarkeit zusteht, aber diese Fälle bilden nur die Ausnahme.[13]) Im letzteren Falle nun sagt man häufig, Eigentümer der Landstraße sei der Eigentümer des Grund und Bodens derselben, also gewöhnlich ein Privater. Dem ist

---

[11]) Dertmann a. a. O. § 93; Seydel a. a. O. S. 299 f.
Blätter für adm. Praxis Bd. XX, S. 339 ff., 396 ff., XXIV. 337 ff.; Blätter für Rechtsanwendung n. F. XXVI. 121 ff.; Reger Entsch. III. 346.

[12]) Seydel a. a. O., S. 299.

[13]) Seydel a. a. O., S. 299; Becher a. a. O., S. 1075.

aber nicht so. Der einzelne Private hat in einem solchen Falle ebensowenig Macht über die öffentliche Landstraße wie jeder andere Private. Diese steht vielmehr einzig und allein dem Staat zu. Darum ist es auch immer eine Ausnahme, wenn die Grundlage der Widmung eines öffentlichen Weges ein dingliches Recht an fremden Grund und Boden ist. Für den Privaten bliebe nur ein nudum jus übrig und damit wird sich selten ein Privater zufrieden geben.

Hier soll darum nur der Hauptfall betrachtet werden, wo Staat und Gemeinde Eigentümer des Grund und Bodens der zu schaffenden öffentlichen Straße sind.

Wie entsteht nun die öffentliche Landstraße?

Seydel[14]) sagt: „Die Schaffung eines öffentlichen Weges setzt einen begründenden Verwaltungsakt voraus. Dieser kann ein stillschweigender sein, die tatsächliche Behandlung eines Weges als öffentliche Verkehrseinrichtung.[15]) Unter der Herrschaft des geltenden Rechts wird indessen der gewöhnliche Vorgang der sein, daß der öffentliche Weg durch einen ausdrücklichen Verwaltungsakt entsteht".[16])

Wir haben nun oben gesagt, daß, sobald eine öffentliche Sache vorhanden ist, Privateigentum ausgeschlossen und an seine Stelle öffentliches Eigentum getreten sei, welches keine Privatrechtsgeschäfte kenne.

Was die privatrechtliche Veräußerung betrifft, so wurde gesagt, daß sie mit einer öffentlichen Sache unvereinbar sei. Darnach könnte eine öffentliche Landstraße als solche oder ein Teil derselben nicht veräußert werden. Seydel scheint derselben Ansicht zu sein, denn er sagt: „Entzieht die Veräußerung dem öffentlichen Weg die privatrechtliche Grundlage, so hört er damit von selbst zu bestehen auf". Darnach kann also nicht der öffentliche Weg als solcher veräußert werden, denn mit der Veräußerung des Grund und Bodens desselben, soll ja der öffentliche Weg zu bestehen aufhören. In einer solchen Veräußerung wäre dann zugleich die stillschweigende Auflassung enthalten. Seydel sagt mit Recht, daß es gegen die Veräußerung keinerlei rechtliche Schranken gebe, denn objektiv seien ja die öffentlichen Landstraßen im-

---

[14]) Seydel a. a. O., S. 301.
[15]) Blätter für adm. Pr. XXII. S. 336.
[16]) Lindner a. a. O., S. 137; Becher a. a. O., S. 1076; Verw.-Ger.-Hof-Entsch., Bd. IV, S. 435; VIII, S. 223, 306; X, S. 334; XI, S. 325.

mer veräußerlich, sobald sie ihrer öffentlichen Eigenschaft entkleidet sind. Eine andere Frage wird es freilich sein, ob der Staat, wenn er einen öffentlichen Weg aufläßt und veräußert, einer geordneten und vor allem billigen Verwaltung — auf eine solche haben aber die Staatsangehörigen ein Recht — immer gerecht wird. Das Verwaltungsinteresse ist bei den öffentlichen Landstraßen immer in den Vordergrund gerückt und beherrscht ganz und allein diese Einrichtungen. Darum wird der Staat dieses besonders im Auge behalten müssen, wenn er eine öffentliche Landstraße oder einen Teil derselben „veräußert", weil er eben damit zugleich die Landstraße ihres öffentlichen Charakters entkleidet. Wohl von diesem Standpunkte aus sagt Seydel: „auch soweit Verfügungen der Gemeindeverbände in Betracht kommen, gibt es keine besonderen Rechtssätze zum Schutz der öffentlichen Wege gegen Veräußerung, sondern nur jenen Schutz, der in der allgemeinen Rechtseinrichtung der Gemeindeaufsicht und Gemeindecuratel liegt".

Früher waren gemäß Art. 24 und 25 des Gemeindeedikts von 1813/34 die Wege für objektiv unveräußerlich erklärt. Diese Bestimmungen sind nach Art. 206 der Gemeindeordnung vom 29. April 1869 aufgehoben. In den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 35 S. 369 ff heißt es: „Der Grundsatz dieser Tatsachen ist nach der Genesis des Gesetzes darin gelegen, daß jene principielle Unterscheidung (Unterscheidung des Gemeindeguts in veräußerliches und unveräußerliches) überhaupt nicht mehr gebilligt wird. Der wirtschaftliche Gedanke, welcher im § 24 des Gemeindeedikts auf das Gebiet des Privatrechts übertragen war, wurde nunmehr von dieser losgelöst und in Verwirklichung einer ganz correkten Auffassung in Art. 26 des neuen Gesetzes auf das Gebiet des öffentlichen Rechts als Verwaltungsregel verwiesen".

Nur wenn sie ihrer öffentlichen Eigenschaft entkleidet sind, können Sachen, wie die in Frage stehenden, veräußert werden oder man muß den Staat scheiden in eine privatrechtliche und polizeiliche Seite wie es z. B. in den Blättern für administrative Praxis Bd. 20 S. 321 ff. geschieht. Hier heißt es: „Die öffentlichen Wege, das heißt der zu ihnen gehörige Grund und Boden, unterliegt dem Verkehr und der richterlichen Jurisdiktion wie jedes andere Privateigentum. Der Fiskus kann die fraglichen Grundflächen erwerben und veräußern und mit Servituten belasten wie jedes andere Grundstück, und die Gemeinden

können es nicht minder. Eben deshalb können aber auch Fiskus und Gemeinde Prozesse darüber führen, können klagen und verklagt werden.

Die polizeiliche Seite der Straßenbehörde ist von dieser privatrechtlichen Seite sowohl begrifflich als auch rechtlich und tatsächlich verschieden. Der Fiskus ist privatrechtlich imstande mit dem Straßenkörper in Privatverkehr zu treten; weil aber die Straße einem Staatszwecke dient, so wird der Fiskus seine Rechtsgeschäfte nach diesem Zwecke einrichten, d. h. der Fachminister wird darüber entscheiden, was der Fiskus zu tun und zu lassen hat. Ebenso die Gemeinde".

Damit sind wir aber glücklich wieder beim Polizeistaat angelangt, der ebenfalls dem Fiskus bezüglich der öffentlichen Sachen befiehlt, was er zu tun und zu lassen hat.

Dieselbe Spaltung des Staates in eigentlichen Staat und Fiskus muß man annehmen, wenn man der Meinung ist, daß die öffentliche Eigenschaft eines Weges privatrechtlichen Verfügungen über denselben nicht hinderlich sei, weder dinglichen noch obligatorischen Rechtsgeschäften, nur dürften diese in die Zweckbestimmung der öffentlichen Wege nicht eingreifen.[17]) Man erkennt diese Folge und weil es darum unbequem ist, wenn man sagt, den Wegebehörden müsse ein Aufsichtsrecht zustehen, wenn die Rechtsgeschäfte nicht in die Zweckbestimmung eingreifen dürften, so wird das Aufsichts- und Erlaubnisrecht einfach negiert. Das ist aber nur möglich, wenn man die Einräumung besonderer Rechte an den Landstraßen dem pflichtgemäßen Ermessen der Wegebehörden, also obrigkeitlicher Behörden überläßt, weil diese die Interessen der Verwaltung, die durch solche Sachen geführt werden, zu vertreten haben. Diese Behörden treten aber den Einzelnen nicht auf dem Boden des Civilrechts gegenüber, sondern immer auf dem Boden des öffentlichen Rechts. Mit Recht sagt darum Roth:[17a]) „Solange diese ihre Bestimmung dauert, können auf Grund von Privatrechtstiteln Sonderrechte an ihnen (den öffentlichen Sachen) nicht begründet werden, vielmehr bedarf es dazu in jedem einzelnen Fall der besonderen Erlaubnis von Seite der competenten Behörde.[18])

---

[17]) Seydel a. a. O.; Oertmann a. a. O.; Becher a. a. O.; Bl. f. adm. Pr., XX, S. 339 ff., 396 ff., XXIV, 337 ff.; Bl. f. R. A. n. F., XXVI. 121 ff.; Regec, Entsch., Bd. III, 346

[17a]) Roth, Bayer. Civ.-Recht, 2. Aufl., I, § 54.

[18]) Lindner a. a. O., S. 183; Comp. Consl. Erkenntnis vom 10. Juni

Damit ist aber für das bayerische Recht zur Genüge gezeigt, daß Staat und Gemeinde als Eigentümer der öffentlichen Landstraßen, solange diese ihre Eigenschaft beibehalten, Dritten nur gegenüber treten können als obrigkeitliche Gewalt nie als Privatpersonen. Wollte man letzteres annehmen, so müßte eine Scheidung des Staates eintreten in eigentlichen Staat und Fiskus, was sich aber im Rechtsstaat überlebt hat. Würde sie aber trotzdem zur Anwendung gebracht, dann fehlt es, wie oben nachgewiesen wurde, an dem Rechtssatz, das Eigentum des Fiskus in rechtlicher Beziehung zu beschränken. Ein solcher Rechtssatz wäre seiner Natur nach ein privatrechtlicher und für einen solchen hat das Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuch einen Vorbehalt nicht aufgenommen.

Es bleibt daher nur eines übrig, daß der Staat, der ja heute einheitlich aufgefaßt wird, als Eigentümer der Landstraßen den Einzelnen gegenüber tritt. Das tut er aber nicht auf dem Boden des Privatrechts, sondern als Subjekt der öffentlichen Verwaltung auf dem Boden des öffentlichen Rechts. Privatrechtliche Rechtsgeschäfte sind unmöglich auf dieser Basis, weil eben niemand auch der Staat nicht öffentlichrechtlich und privatrechtlich zugleich auftreten kann.

Dasselbe wird zu gelten haben von den öffentlichen Wasserstraßen.[18])

Im Folgenden sollen hauptsächlich die öffentlichen Flüsse in Betracht gezogen werden, weil es sich ja bei den Kanälen um geschaffene Einrichtungen des Staates zu öffentlichen Verkehrszwecken handelt, für welche das Gleiche zu gelten hat wie für die öffentlichen Landstraßen.

Die öffentlichen Flüsse, d. h. die schiff- und floßbaren Flüsse, sind ein zur allgemeinen Benutzung bestimmtes Staatsgut. (Art. 1; 26; u. 29 bayr. Wassergesetzes vom 23. März 1907).

Was zunächst die Eigentumsfrage anlangt, so bestimmt das neue Wassergesetz im Art. 2: „Die öffentlichen Gewässer stehen im Eigentum des Staates". Es beseitigt damit einen großen Streit, denn bekanntlich enthielten die alten bayerischen Wassergesetze eine solche

1854; Sammlung von Entscheidungen des obersten Landesgerichts für Bayern, Bd. VIII, S. 625; IX, S. 81 ff., X, S. 200.

[18]) Seydel a. a. O., III, S. 253 ff.; Oertmann a. a. O., § 94; Becher a. a. O., S. 000; Pözl, Wasserrecht in Dollmanns Gesetzgebung des Königreichs Bayern, S. 45 ff.; Reuß, Die bayerischen Wassergesetze.

Bestimmung nicht und darum war es eine große Streitfrage, ob die öffentlichen Flüsse im Eigentum des Staates stünden oder nicht.

Pözl[19]) spricht dem Staat irgendwelche privatrechtliche Befugnisse über die öffentlichen Flüsse ab und faßt das ganze Verhältnis als ein öffentlichrechtliches auf. Er hält die öffentlichen Flüsse für privatrechtlich herrenlos und unter „der Herrschaft der Staatsregierung" stehend. Darnach hätte der Staat das Recht, die Benutzung derselben zu regeln, zu leiten und besondere Beschränkungen der Nutzung festzustellen, alle anderen Befugnisse aber wären auf eine besondere Gerechtsame zurückzuführen, auf das private Wasserregal.

Es ist nun nicht zu ersehen, warum das Recht des Staates kein *einheitliches* sein sollte, in eben dem Sinne, wie wir es bei den öffentlichen Landstraßen gesehen haben. Auch wenn die Flüsse unter „der Herrschaft der Staatsregierung" stehen, die Herrschaft also eine öffentlichrechtliche ist, können dennoch alle Befugnisse des Staates an den öffentlichen Flüssen auf dieses Recht zurückgeführt werden. Dieser Tatsache wird man sich nicht verschließen können, soferne man nur einzusehen gelernt hat, *warum* heute der Staat die öffentlichen Flüsse zum Staatsgut erklärt und sie einer öffentlichrechtlichen Herrschaft unterworfen hat, ferner auch über das *Wesen* dieses Herrschaftrechts sich klar ist.

Es waren nicht fiskalische Interessen, die den Staat dazu geführt haben, sondern das Interesse der öffentlichen Verwaltung. Die öffentlichen Flüsse sind wegen ihrer besonderen Tauglichkeit zur Schiffahrt und Flößerei, ihrer Notwendigkeit zur Bewässerung des Landes und ihrer hervorragenden, jetzt mehr und mehr erkannten Eigenschaft, der Industrie mächtige und billige Kräfte zuzuführen, gewissermaßen ein Volksgut geworden, das zur Verteilung reif ist. Sollte nun aber der einzelne sich darauf stürzen und davon nehmen können, soviel er will? — Es ist natürlich, daß der Staat bei solch vitalen Interessen des Volks eingreift u. im *Interesse des ganzen Volkes* sich als Herrn, als Eigentümer der öffentlichen Flüsse erklärt, um seinem Berufe, die Volksinteressen zu vertreten, gerecht zu werden.

Nicht eigene Interessen, fiskalische Interessen, wollte und will der Staat vertreten, sondern nur die Interessen einer geordneten und geregelten Verwaltung. Von hier aus müssen aber dann die fiskalischen

[19]) Pözl a. a. O., S. 66 ff.

Vorteile des Staates von den öffentlichen Flüssen, die zweifellos aus seinem Eigentumsrecht resultieren und kein besonderes Recht zur Grundlage benötigen, ein anderes Ansehen bekommen. Sie bilden lediglich Nebenvorteile des Eigentümers der öffentlichen Flüsse, keineswegs aber die hauptsächlichste Verwendung seines Eigentums, wie die privatrechtliche Theorie annehmen muß. Heute ist das Eigentum des Staates an den öffentlichen Flüssen von anderen Gesichtspunkten geleitet. Dem Geist der Zeit entsprechend muß es von sozialen Gesichtspunkten geleitet sein, fiskalische Interessen müssen zurücktreten. Es hat nur dann seine Berechtigung, zugleich aber auch seinen wirklichen und vornehmsten Inhalt, wenn es dem Einzelnen die möglichst vollständige und zweckmäßige Benützung des Wassers ermöglicht. Die Verwaltung muß sich eben mit dem Eigentum an öffentlichen Flüssen verbinden.

Wie kleinlich sehen dagegen die Befugnisse aus, welche dem Staat zustehen sollen nach jener Theorie, die das Herrschaftsrecht des Staates zwar auch als Eigentum auffaßt, aber als ein durch den Gemeingebrauch beschränktes Privateigentum.[20]) Es gewährt dem Staat das Recht sich des verlassenen Flußbettes, der entstehenden Inseln und auch der Anlandungen sich zu bemächtigen, ferner das Recht der Fischerei, endlich dann die Befugnis die Wasserbenutzung zu regeln und zu leiten und besondere Beschränkungen festzusetzen.[21]) Gerade letztere Befugnis kann aber nicht aus dem Privateigentum hergeleitet werden, denn es geht nicht an zu sagen, daß der Staat als Privater dem Einzelnen gegenübertritt, wenn er die Wasserbenutzung regelt und leitet, dazu ist das Privatrecht und seine Mittel zu schwach.

Seydel sagt darum auch, aus der Eigenschaft der öffentlichen Flüsse einerseits gewöhnliches Staatsgut andererseits aber auch ein zur allgemeinen Benutzung bestimmtes Staatsgut zu sein, ergäben sich zweierlei Beziehungen des Staates: privatrechtliche des Fiskus, hoheitliche der Staatsgewalt. Soweit es sich lediglich darum handle den allgemeinen Gebrauch der öffentlichen Gewässer zu regeln, bewegten sich die betreffenden Bestimmungen lediglich im Gebiete der Polizei.

[20]) Vgl. Seydel a. a. O. Hertmann a. a. O., § 94. Becher a. a. O., S. 1047 ff.
[21]) Becher a. a. O., S. 1047.

Fällt damit aber eine Hauptäußerung des „Privateigentums“ weg, so frägt es sich andererseits, sind etwa die Gewährungen besonderer Nutzungen Ausflüsse eines Privateigentums? Das wird sich darin zeigen, wer die Nutzungen gewährt und in welchen Formen sie gewährt werden. Gewährt sie der Staat in seiner Eigenschaft als Fiskus und in den Formen des Privatrechts, dann handelt er als Privateigentümer, während er als öffentlicher Eigentümer in Betracht käme, wenn er bei Verleihung besonderer Nutzungen als hoheitliche Gewalt den Einzelnen gegenüberträte. Bekanntlich kann der Staat nur das eine oder das andere, nicht beides zugleich. Seydel[22]) mutet aber dem Staat solches zu, wenn er sagt: „Es kann, und so verfährt das bayerische Recht, die privatrechtliche Verfügungshandlung mit der öffentlichrechtlichen Handlung derart in Verbindung gebracht werden, daß erstere äußerlich in letzterer verschwindet. Dann tritt die Doppelnatur der Handlungen in den Wirkungen zu Tage, die privatrechtliche Nutzungsgewährung erzeugt privatrechtliche, die polizeiliche Genehmigung erzeugt öffentlichrechtliche Wirkungen“.

Untersuchen wir nun daraufhin die Gewährung besonderer Nutzungen.

Unbestritten ist jedenfalls, daß nicht der Staat als Fiskus sondern als Herr der Verwaltung die besonderen Nutzungen verleiht. Damit stimmt auch das Gesetz überein, vgl. besonders Art 26 Abs. 2 42, 43, Wassergesetz vom 23. März 1907. Art 42 sagt deutlich: „Jede Art von Wasserbenutzung, die sich nicht als Gemeingebrauch darstellt oder die mittels einer besonderen Anlage in oder an öffentlichen Gewässern erfolgt, insbesondere die Errichtung von Triebwerken ..... unterliegt der Erlaubnis der Verwaltungsbehörden“.

Art. 43 bestimmt: „Die Erlaubnis wird von der Verwaltungsbehörde und zwar in der Regel auf eine bestimmte Zeit oder in widerruflicher Weise erteilt. Die Behörde bestimmt das Maß und die Art der Benutzung“.

Wir sehen, die Eigenschaft der öffentlichen Flüsse als Staatsgut und ihre Bestimmung zur allgemeinen Benutzung bedingen vorzüglich, daß alle bleibenden Anlagen und Einrichtungen im Fluß oder an demselben besonderer Bewilligung von Seiten des Staates unterworfen sind.

---

[22]) Seydel a. a. O., S. 252.

Immer sind es die Interessen der Verwaltung, welche der Staat wahrzunehmen hat, wenn er besondere Nutzungen verleiht, fiskalische Interessen müssen dabei hintangesetzt werden. Daß aber dann der Staat dem Einzelnen nur auf dem Boden des öffentlichen Rechts gegenübertreten kann, ist klar, es wird auch anerkannt. Aber man sagt, wenn auch die Verleihung, die Begründung des Rechtes einer Sondernutzung für einen Einzelnen nach öffentlichen Recht sich richtet, die Natur des subjektiven Rechtes des Einzelnen bleibt dennoch eine privatrechtliche.[23])

Den Grund für die Annahme eines Privatrechts findet die citierte Entscheidung darin, daß das verliehene Recht den nämlichen Schutz genieße wie Privateigentum. Dieser Grund dürfte indes nicht stichhaltig sein, denn es besteht kein Hindernis, daß subjektive öffentliche Rechte, als welche wir die verliehene Nutzungsbefugnis ansehen, nicht ebenso geschützt sein könnten wie privatrechtliche. Es darf aber auch nicht etwa um deswillen ein Privatrecht angenommen werden, weil der Beliehene, soferne die Verleihung nicht Beschränkungen enthält, in der Lage ist, sein Recht auf andere zu übertragen und zwar in der Form des Zivilrechts. Es handelt sich bei diesem Rechtsübergang nie um eine Aeußerung der öffentlichen Gewalt, er geschieht zwischen Gleichen und darum auch nach dem Recht, das zwischen ihnen gilt. Die Wirkung des Rechtsaktes der öffentlichen Gewalt folgt hier der zivilrechtlichen Bestimmung des Neuberechtigten. Die Nutzungsbefugnis war in einem solchen Falle durch den ersten Verleihungsakt sowohl dem Erstberechtigten verliehen, ebenso auch seinen etwaigen Rechtsnachfolgern, natürlich unter denselben Bedingungen, wie dem Erstbeliehenen. Nur weil dem Rechtsvorgänger das Recht verliehen war, darf es auch der Nachfolger ausüben. Fehlt es hieran, so kann der Rechtsnachfolger aus dem Zivilrechtsgeschäft Rechte gegen den Staat nicht herleiten. Ist aber die Verleihung noch rechtsbeständig, so hat er immer nur auf Grund der Verleihung an den Erstbeliehenen die Befugnis, Rechte gegen den Staat geltend zu machen, wenn dieser sein Recht bestreitet oder stört. Das Zivilrechtsgeschäft hat immer nur sekundäre Bedeutung, maßgebend für das Recht des Beliehenen gegenüber dem Staat ist und bleibt die Verleihung. Daß

[23]) Entsch. des Verw.-Ger.-Hofes, Bd. VIII, S. 217; Reuß a. a. O., zu Art. 13.

das bayerische Recht die Verleihung als ein subjektives öffentliches Recht ansieht, dürfte übrigens auch aus Art. 8 Z. 14 Ges. betr. die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes hervorgehen, nach welchem bestrittene Rechtsansprüche und Verbindlichkeiten bezüglich der Benützung des Wassers, der Bewässerungs- und Entwässerungsunternehmungen dem Verwaltungsgerichtshof zur letztinstanziellen Entscheidung zugewiesen sind.

Somit vermag also die Verleihung, entgegen der Annahme Seydels, ein Privatrecht nicht zu schaffen. Der Staat als obrigkeitliche Gewalt, als Subjekt der öffentlichen Verwaltung, kann eben nur öffentliche Rechte verleihen, sollen diese verliehenen Rechte gegen ihn in dieser Eigenschaft wirken.

Damit entfällt aber auch die Annahme, als ob der Staat an den öffentlichen Flüssen Privatrechte einräumen könnte.

Sein Herrschaftsrecht an den öffentlichen Flüssen ist aber darum trotzdem ein unbeschränktes, ist Eigentum, allerdings nicht nach Privatrecht, sondern nach öffentlichem Recht, auf dessen Boden und in dessen Formen allein der Staat als Verwaltungsrechtssubjekt den Einzelnen gegenübertreten kann. Man wende hiegegen nicht ein, daß der Staat z. B. das Recht der Fischerei in den öffentlichen Flüssen verpachte, oder einem Einzelnen gestatte, sich z. B. Schilf oder Sand anzueignen und damit dennoch in privatrechtlicher Form verfüge. Derlei Rechtsgeschäfte und Verfügungen setzen zwar immer das Eigentum am öffentlichen Flusse voraus, das kann aber ebenso gut öffentliches wie Privateigentum sein, denn beiden ist eine unbeschränkte Macht oder Herrschaft gemein. Auf das öffentliche Eigentum vermögen derlei Rechtsgeschäfte nicht einzuwirken und zwar um deswillen nicht, weil es sich dabei nie um die öffentlichen Flüsse selbst handelt, sondern um Sachen, die zur Loslösung bestimmt sind, oder wie bei den Fischen um selbständige Sachen. Auch die Rechtssätze über das verlassene Flußbett, die entstehenden Inseln, Anlandungen ꝛc. können zum Nachweise von Privateigentum an den öffentlichen Flüssen nicht verwendet werden. Sie sind ebenso gut aus dem öffentlichen Eigentum zu folgern, wie aus dem Privateigentum, weil hier wie dort eine unbeschränkte, rechtliche Macht gegeben ist. Damit ergibt sich aber für das bayerische Recht, daß die öffentlichen Land- und Wasserstraßen nicht im Privateigentum, sondern im öffentlichen Eigentum stehen.

Wird dies nicht anerkannt, so geschieht es lediglich deshalb, weil man den Begriff „öffentliches Eigentum" nicht gelten lassen will, und doch ergibt sich dieser Begriff aus der Natur der Sache und dem Umstand, daß man jetzt unter Verwaltungsrecht ein wirkliches Recht zu verstehen hat, das z. T. die gleichen Rechtsinstitute kennt, wie das Privatrecht. Wie es einen öffentlichrechtlichen Vertrag gibt, so auch öffentlichrechtliche Servituten und öffentlichrechtliches Eigentum.

Das unterscheidende Merkmal für diese Rechtsinstitute liegt im Gegensatz zu dem gleichnamigen zivilrechtlichen immer darin, daß für die Beziehungen, welche der Vertragsgegner, der Servitutberechtigte oder der Eigentümer mit Dritten anknüpft, mit Rücksicht darauf, daß das Interesse des Staates, das Interesse der öffentlichen Verwaltung in Frage steht, nicht Privatrecht zur Anwendung kommen kann, weil eben dieses eigennützige Interessen verfolgt, sondern einzig und allein das öffentliche Recht mit seinen für den Nutzen der Allgemeinheit bestimmten und diesen fördernden Rechtssätzen.

Daß diese Auffassung des Herrschaftsrechts an den öffentlichen Land- und Wasserstraßen mit der römischrechtlichen und älteren deutschrechtlichen Anschauung im Widerspruche steht, vermag gegen die hier vertretene Auffassung nichts zu beweisen.

Wie schon eingangs erwähnt, ist es durchaus verfehlt, wenn man um die heute in dieser Richtung bestehenden Rechtsverhältnisse klarzulegen, auf römische und altdeutsche Verhältnisse zurückgreift. Einmal unterliegen, und das haben wir bei den öffentlichen Land- und Wasserstraßen im Verlaufe dieser Darstellung deutlich gesehen, die Rechtsgüter der Menschen dem Wandel der Zeiten, ändern ihren Charakter durch den Entwicklungsgang der Kultur und damit wandelt sich auch immer das Recht des betreffenden Rechtsgutes. Sodann darf keineswegs die Staatsform und damit das Verhältnis der Untertanen zum Staat außer Betracht gelassen werden.

Im absolutistischen oder Polizeistaat gibt es kein anderes Recht als das Privatrecht, für öffentliches Recht ist dort kein Raum, zwischen dem Staat als solchem und den Untertanen herrscht hier nur der Befehl. Damit ist aber öffentliches Eigentum ausgeschlossen.

Anders dagegen im Rechtsstaat. Hier sind die Verhältnisse zwischen Staat und Untertan in eine rechtliche Ordnung gebracht und werden von dem Rechte beherrscht. So oft darum der Staat als Obrigkeit

zu den Untertanen in Beziehungen tritt, greift im Rechtsstaat das öffentliche Recht Platz.

Damit hat sich aber das Recht verdoppelt und da es billig ist, daß das von Natur Gleiche auch gleichartig geordnet und in der ihm zukommenden Sphäre sich bewegt, so ist auch das Eigentum an öffentlichen Land- und Wasserstraßen, da bezüglich ihrer der Staat nur als Obrigkeit auftreten kann, wenn er von hier aus mit Dritten in Beziehungen tritt, dem öffentlichen Recht unterworfen und damit öffentliches Eigentum.